This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

VE RI TAS

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Ismael

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MARIAGE

II

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Etude sur l'action Paulienne. 1869, 1 vol. in-8.

De l'origine de la clameur de Haro. 1872, 1 broch. in-8.

De la vente de la chose d'autrui. 1875, 1 broch. in-8.

Etude sur la condition des lépreux au moyen-âge, notamment d'après la coutume de Normandie. 1875, 1 vol. in-8.

Recherches sur les Colliberts. 1878, 1 vol. in-8. (Ouvrage récompensé par l'Institut, Académie des Inscriptions et Belles-Lettres).

Traité du contrat de Louage (Livre III, Titre VIII, du Code civil). *Deuxième édition*, 1887, 2 vol. in-8.

Imprimerie CAVANIOL. — Chaumont (Haute-Marne).

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MARIAGE

LIVRE III, TITRE V, DU CODE CIVIL

PAR

L. GUILLOUARD

Professeur de Code Civil à la Faculté de droit de Caen,
Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel.

TOME DEUXIÈME

(Articles 1407 à 1440.)

DEUXIÈME ÉDITION

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur
13, RUE SOUFFLOT, 13

1888

Droits de traduction et de reproduction réservés.

FRANCE
913
GUI

For Ty

DU CONTRAT DE MARIAGE

Livre III, titre V, du Code civil.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ

SECTION III

De l'actif immobilier de la communauté.

§ II

Des immeubles propres (suite).

462. — *d. Immeubles acquis en échange ou en remploi.* — Lorsque, pendant la communauté, un immeuble est acquis en échange d'un immeuble appartenant en propre à l'un des époux, ou avec l'argent provenant de la vente d'un immeuble propre, l'immeuble nouveau n'entre point dans la communauté : il prend la place de l'immeuble cédé en échange ou vendu par l'un des époux, il est, comme le dit l'article 1407, « subrogé au lieu et place de « cet immeuble », et il prend la qualité de propre qui lui appartenait.

605290

La théorie de l'échange et du remploi repose donc sur une idée commune, l'idée de la subrogation réelle : l'immeuble nouveau n'est point considéré comme un immeuble acquis pendant le mariage, auquel cas il tomberait en communauté ; il est, par la fiction de la subrogation, réputé substitué à l'ancien immeuble propre, dont il revêt la condition juridique.

« Les héritages et autres immeubles, disait Pothier, « quoique acquis durant la communauté, sont propres de « communauté par la fiction de la subrogation, lorsqu'ils « ont été acquis à la place d'un propre de communauté, « et pour en tenir lieu. Pour l'intelligence de cette règle, il « faut expliquer ce que c'est que la *fiction de subrogation :* « c'est une fiction de droit, par laquelle une chose, que « j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée, prend « la qualité de la chose aliénée, à la place de laquelle elle « a été acquise, et à laquelle elle est subrogée. »[1]

463. — Le Code traite dans deux endroits différents de l'échange et du remploi ; il s'occupe de l'échange dans le § I de notre section I, *De ce qui compose la communauté activement et passivement* (article 1407) ; et du remploi dans la section II, *De l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre époux relativement à la société conjugale* (articles 1434-1435).

Cette distribution nous paraît peu logique : nous venons de dire que le remploi repose, comme l'échange, sur une même base, la théorie de la subrogation réelle ; et ces deux opérations ont l'une et l'autre pour résultat de modifier la composition de l'actif de la communauté, en apportant une exception à la règle de l'article 1401, 3°, d'après laquelle les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage entrent en communauté.

Aussi allons-nous traiter immédiatement de l'échange

[1] *Traité de la communauté*, n° 197.

et du remploi, qui vont terminer notre étude sur le § I de la section I, *De l'actif de la communauté*.

464. — I. *De l'échange*. — « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble « appartenant à l'un des deux époux, dit l'article 1407, « *n'entre point en communauté*, et est subrogé au lieu et « place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y « a soulte. »

Les termes de l'article 1407 indiquent très clairement que l'immeuble acquis en échange devient propre *de plein droit*, sans qu'il y ait aucune condition à remplir ni aucune déclaration à faire au moment de l'échange.

Nous verrons qu'il en est différemment pour le remploi : le fait matériel de l'acquisition d'un immeuble avec les deniers provenant de la vente d'un immeuble propre ne suffit pas ; il faut en outre une déclaration de volonté des époux, dans une forme que nous aurons à étudier.

Ici le fait de l'échange suffit pour constituer un propre : « l'immeuble acquis... à titre d'échange... n'entre point « en communauté. » La seule force de la loi suffit donc pour empêcher l'immeuble acquis en échange d'entrer en communauté ; et c'est à tort que l'on voudrait exiger en cette matière les conditions prescrites pour le remploi.[1]

465. — Si l'article 1407 décide, comme nous venons de le reconnaître, que l'immeuble acquis en échange de l'immeuble propre de l'un des époux est de plein droit un propre, nous croyons cependant que cette règle, fondée sur l'interprétation de la volonté des époux, n'a rien d'impératif, et qu'il pourrait être stipulé dans l'acte d'échange que l'immeuble acquis entrera en communauté.

[1] Cassation, 22 novembre 1859, Sirey, 60, I, 540, et Dalloz, 60, I, 10 ; Nancy, 3 mars 1869, Sirey, 69, II, 257, et Dalloz, 69, II, 85. — Rodière et Pont, I, n° 651 ; Troplong, I, n°s 633-634 ; Laurent, XXI, n° 355.

M. Laurent, sans examiner directement cette question, donne cependant un motif qui devrait faire rejeter la solution que nous proposons : « Les époux, dit-il, ne peu-
« vent pas déroger pendant le mariage à l'article 1407,
« qui est considéré comme une clause du contrat de ma-
« riage tacite qu'ils font en se mariant sous le régime de
« la communauté. »[1]

Tel n'est pas notre avis : nous avons déjà dit que l'expression « contrat de mariage tacite » nous paraissait peu exacte,[2] et ici l'inexactitude des mots conduirait à une conséquence grave ; s'il fallait considérer comme une convention de mariage la règle de l'article 1407, il est certain qu'on n'y pourrait déroger, aux termes de l'article 1395. Tout autre nous paraît être le caractère des règles sur la composition de la communauté légale, au nombre desquelles se place la disposition de l'article 1407 : ce sont des dispositions législatives, les unes obligatoires, les autres fondées sur l'interprétation de la volonté des parties, et les parties peuvent déroger à ces dernières dispositions. en exprimant une volonté contraire.

Or nous croyons que telle est la portée de l'article 1407 : les immeubles propres aux époux mariés sous le régime de la communauté sont de libre disposition, ils peuvent les vendre, et faire entrer le prix dans la communauté, qui en disposera à son gré, sauf récompense. Ce qu'ils pourraient faire au moyen d'une vente, ils peuvent le faire au moyen d'un échange, qui profitera, sauf récompense, à la communauté.

Il s'agit, par exemple, d'agrandir un domaine appartenant à la communauté, en acquérant une parcelle voisine de ce domaine : le propriétaire consent à l'échange contre un immeuble propre à l'un des époux, et que celui-ci est décidé à aliéner ; pourquoi, sous la communauté, qui est

[1] XXI, n° 358.
[2] *Suprà*, Tome I, n° 81.

un régime de liberté, ne pourrait-on réaliser l'échange projeté, en décidant que l'immeuble acquis entrera en communauté ? Nous ne voyons pas de motif qui s'y oppose.[1]

466. — L'article 1407 porte que l'immeuble acquis en échange est propre, « sauf la récompense s'il y a soulte : » l'immeuble sera donc propre pour la totalité, et la communauté deviendra créancière de la somme qu'elle aura payée à titre de soulte, comme elle l'est toutes les fois qu'elle fait une dépense dans l'intérêt de l'un des époux.

Il n'y a aucune difficulté si la soulte est peu importante : mais que décider si la soulte est considérable, presque égale, égale, ou même supérieure à la valeur de l'immeuble cédé par l'époux à titre d'échange ? Faudra-t-il encore décider que l'immeuble acquis est propre, malgré l'importance de la soulte ?

Oui, répond une première théorie : on n'a pas à considérer l'importance de la soulte par rapport à la valeur de l'immeuble cédé ; il y a échange avec soulte, cela suffit pour que l'immeuble acquis soit propre. Cette théorie invoque le texte de l'article 1407, qui pose une règle absolue, et ne permet pas de distinguer suivant le plus ou moins d'importance de la soulte : « La rédaction très explicite de « l'article 1407, dit M. Glandaz, a eu précisément pour but « de trancher toutes ces difficultés, objet de nombreuses « controverses avant le code, et, quelle que soit l'impor- « tance de la soulte, l'immeuble reste propre en totalité, « sauf récompense à la communauté. »[2]

Une seconde opinion, que Pothier enseignait dans notre ancien droit, décide qu'alors l'immeuble est propre pour

[1] Cassation, 31 juillet 1832, Sirey, 32, I, 505. — Troplong, I, n° 639 ; Rodière et Pont, I, n° 652 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 63, p. 301, et § 503, texte et note 23.

[2] ENCYCLOP. DU DROIT, v° *Communauté*, n° 113. — *Sic*, Toullier, XII, n° 149 ; Laurent, XXI, n° 357. — *Voir* Cassation, 9 août 1870, Dalloz, 71, I, 156.

partie, à concurrence de la valeur de l'immeuble cédé, et conquêt pour le surplus, à concurrence de la valeur de la soulte : « Si néanmoins, disait Pothier, le conjoint, pour « acquérir l'héritage qu'il a reçu en contre-échange, avait « donné une somme de deniers égale à peu près à la valeur « de l'héritage qu'il a donné en échange, ou même qui la « surpassât, on ne pourrait se dispenser de considérer le « contrat comme un contrat mixte, mêlé de vente et d'é- « change, et en conséquence l'héritage acquis par le con- « trat comme conquêt au *prorata* de la somme de deniers « donnée pour l'acquérir, et propre de subrogation pour le « surplus seulement. »[1]

Nous croyons qu'il faut repousser ces deux systèmes, et décider que l'immeuble acquis sera propre ou conquêt, pour le tout, suivant que le caractère prédominant du contrat sera le caractère d'un échange, ou le caractère d'une vente.

Nous écartons d'abord la première opinion, par le motif suivant : elle fournirait un moyen trop facile de constituer à l'un des époux un propre avec les deniers de la communauté, sous prétexte d'échange ; en cédant un immeuble d'une valeur de 10.000 francs, par exemple, l'un des époux pourrait se constituer un propre d'une valeur de 30 ou 40.000 francs, ce qui paraît inadmissible. On objecte que l'article 1407, par la généralité de ses expressions, embrasse tous les cas d'échange ; mais nous répondrons, avec M. Colmet de Santerre, qu'il n'y a pas en réalité échange, et qu'on est en dehors du texte ; la véritable nature de l'opération, c'est une vente, avec une dation en paiement pour une partie du prix. L'immeuble acquis est donc un immeuble acheté pendant la communauté, et qui doit être conquêt en vertu de la règle de l'article 1401, 3°, sauf récompense de la part de la communauté à l'époux,

[1] *Traité de la communauté*, n° 197. — *Sic*, Bellot des Minières, I, p. 103.

jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble propre donné en paiement.

Nous écartons le second système, à raison des considérations suivantes : le Code n'est pas favorable, comme nous l'avons déjà dit, à l'indivision entre la communauté et l'un des époux ; et l'article 1407 a précisément pour but de proscrire cette indivision, en décidant que l'immeuble est propre pour le tout, alors que, logiquement, il devrait être propre à concurrence de la valeur échangée, et conquêt à concurrence de la valeur payée par la communauté. Dire que l'immeuble sera propre pour partie, conquêt pour partie, ce serait à la fois violer le texte de l'article 1407 et méconnaître l'esprit dans lequel ce texte a été édicté.

Le système que nous adoptons est facile à justifier en droit, car l'article 1407 ne vise que l'échange, et ce texte cesse d'être applicable lorsque le caractère prédominant du contrat est le caractère de la vente.

En fait, dans la plupart des cas, notre système sera facile à appliquer, car on reconnaîtra sans peine, en comparant la valeur de l'immeuble cédé et celle de l'immeuble acquis, si l'opération est principalement un échange avec soulte, ou une vente avec une dation en paiement pour une partie du prix.

Nous reconnaissons toutefois qu'il y a une hypothèse extrême, qui sera bien rare dans la pratique, où la solution serait difficile ; c'est celle où l'immeuble cédé en échange et la somme payée à titre de soulte auraient exactement la même valeur. Nous croyons alors qu'il faut prendre le contrat *ut sonat*, et dire que l'immeuble sera propre pour le tout, sauf récompense à la communauté : la raison qui nous détermine, c'est qu'il est impossible de dire que les parties ont mal qualifié le contrat, et qu'elles ont appelé échange ce qui était une vente, ce que nous disons dans le cas où le prix est supérieur à la valeur de l'immeuble cédé ; et, du moment où c'est un échange,

l'article 1407 imprime à l'immeuble acquis la qualité de propre.[1]

467. — L'article 1407 déclare propre l'immeuble acquis en échange d'un autre immeuble, ce qui comprend non seulement les immeubles par nature, mais encore les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, notamment l'usufruit cédé par l'un des époux en échange de la pleine propriété d'un immeuble.

Il n'y a même pas à distinguer, à ce point de vue, si la communauté se dissout ou non par la mort de l'époux usufruitier : il est bien vrai qu'en fait, au cas de dissolution de la communauté par la mort de l'usufruitier, la communauté aurait seule profité des avantages de l'usufruit, s'il n'eût pas été cédé, et l'on peut dire que l'immeuble acquis en échange représente des droits qui seraient tombés dans la communauté. Mais, par l'aliénation du droit d'usufruit, ces droits n'y sont pas tombés, et la condition de l'immeuble acquis en échange est réglée par l'article 1407.[2]

Toutefois, il naît à ce propos une question que nous aurons à examiner lorsque nous traiterons des récompenses, la question de savoir si la communauté n'a pas droit à récompense de la part de l'époux qui a cédé ses droits d'usufruit.

468. — L'article 1407 ne prévoit que l'échange d'un immeuble propre contre un autre immeuble, mais on peut supposer l'échange d'un immeuble propre contre un meuble déterminé, un tableau, des diamants : le meuble ainsi échangé aura-t-il la qualité de propre ? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement : sans doute l'article 1407 ne parle que d'immeubles, mais, comme le fait remarquer

[1] *Voir* Nancy, 3 mars 1869, Dalloz, 69, II, 85. — Troplong, I, n° 637 ; Rodière et Pont, I, n°s 649-650 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 62, p. 301 ; Colmet de Santerre, VI, n°s 35 *bis* II-35 *bis* IV.

[2] Angers, 25 mai 1859, Sirey, 59, II, 612, et Dalloz, 59, II, 153. — Rodière et Pont, I, n° 647 ; Laurent, XXI, n° 356.

exactement M. Troplong, ce n'est pas pour exclure les meubles, c'est parce qu'il fait suite à un ordre d'idées commencé à l'article 1404, et qui n'a trait qu'aux immeubles. D'ailleurs, à défaut de l'article 1407, l'article 1433, qui permet à chaque époux de prélever ce qui est entré de son chef dans la communauté, autorise la reprise en nature du meuble substitué à l'immeuble.[1]

Il naît, à ce propos, une question plus délicate : si l'immeuble est représenté par le prix encore dû de cet immeuble, ce prix sera-t-il propre à l'époux, comme l'immeuble qu'il remplace,[2] ou entrera-t-il en communauté, sauf récompense à l'époux créancier ? Cette question se rattache à la théorie des récompenses, et nous l'étudierons avec l'article 1433.

469. — II. *Du remploi.* — Le remploi est, comme son nom l'indique, le remplacement d'un immeuble par un autre dans le patrimoine de l'un des époux : un immeuble propre est aliéné, et, avec le prix qui en provient, un autre immeuble est acquis ; ce nouvel immeuble sera propre comme le premier, auquel il est subrogé réellement.

Malgré le caractère équitable du remploi, qui conserve au patrimoine de chacun des époux sa constitution, sans que la communauté en éprouve aucun préjudice, la théorie du remploi n'était pas admise à l'origine, dans notre ancien droit : lorsque l'immeuble de l'un des époux, de la femme par exemple, était vendu, et un autre immeuble acheté avec le prix, cet immeuble nouveau était un conquêt : et même, à moins de stipulations contraires dans le contrat de mariage, l'époux dont l'immeuble était aliéné ne pouvait exercer aucune reprise à raison du prix d'aliénation.

De là était venu cet adage populaire rapporté par Loi-

[1] Troplong, I, n° 638 ; Rodière et Pont, I, n° 648.

[2] *Sic*, Nancy, 20 août 1827, Sirey, c. N., VIII, II, 407 ; Nancy, 7 février 1840, Sirey, 40, II, 484. — Duranton, XIV, n° 359 ; Glandaz, Encyclop. du droit, v° *Communauté*.

sel : [1] « Le mari doit se relever trois fois pour vendre le « bien de sa femme. »

Cette législation présentait deux graves inconvénients : d'abord elle était peu équitable, puisque toute modification dans le patrimoine de l'un des conjoints entraînait une libéralité au profit de l'autre époux, que l'époux vendeur le voulût ou non ; puis elle favorisait les avantages indirects entre époux, si contraires à l'esprit de notre ancien droit, qui prohibait les donations entre époux. Aussi la pratique vint-elle corriger ces inconvénients, et on prit l'habitude d'insérer dans les contrats de mariage une clause portant qu'il serait fait remploi des propres des époux qui seraient aliénés pendant le mariage.

La nouvelle coutume de Paris (article 232), reproduite par la coutume d'Orléans (article 192), érigea en disposition légale le droit pour l'époux vendeur, sinon de reprendre comme propre l'immeuble acquis en remploi, au moins d'exercer la reprise dans la communauté du prix de son immeuble aliéné. Voici les dispositions de cet article : « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou « rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints « par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de « la vente ou rachat est repris sur les biens de la commu- « nauté, au profit de celui à qui appartenait l'héritage ou « rente, encore qu'en vendant n'eût été convenu du rem- « ploi ou récompense, et qu'il n'y ait eu aucune déclara- « tion sur ce fait. »

Il restait un dernier progrès à réaliser : c'était de décider que l'époux vendeur n'aurait pas droit seulement à la récompense du prix de l'immeuble aliéné, mais que, en dehors de toute stipulation de contrat de mariage, il reprendrait comme propre l'immeuble acheté avec les deniers provenant de l'aliénation. Ce progrès fut réalisé par la jurisprudence coutumière, et le dernier état de notre ancien

[1] *Institutes coutumières*, Liv. I, Tit. II, Règle XIV.

droit est exactement indiqué par Pothier, dans le passage que nous avons cité plus haut :[1] « Les héritages et autres « immeubles, quoique acquis durant la communauté, sont « propres de communauté par la fiction de la subrogation, « lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de com- « munauté, et pour en tenir lieu. »

C'est cette doctrine qui a passé dans les articles 1434 et 1435, qui organisent la théorie du remploi dans notre droit nouveau.

Observons qu'en dehors du remploi légal, régi par les articles 1434 et 1435, il peut exister un remploi conventionnel, régi par les stipulations du contrat de mariage : souvent en effet les parties insèrent dans leurs conventions matrimoniales des clauses relatives au remploi, principalement pour les biens de la femme, et nous aurons à indiquer les règles spéciales de ce remploi conventionnel.

470. — Nous étudierons sur la matière du remploi les trois points suivants :

1. *Des conditions du remploi ;*
2. *Des règles spéciales au remploi conventionnel ;*
3. *Des effets du remploi.*

471. — 1. *Des conditions du remploi.* — Le remploi est soumis à des conditions générales, applicables au remploi des biens du mari et au remploi des biens de la femme ; puis à des conditions spéciales au remploi des biens du mari, et enfin à des conditions spéciales au remploi des biens de la femme.

Aussi allons-nous diviser comme il suit l'étude des conditions du remploi :

α. *Conditions communes à tout remploi ;*
β. *Conditions relatives au remploi des biens du mari ;*
γ. *Conditions relatives au remploi des biens de la femme.*

[1] *Suprà*, Tome II, n° 462.

472. — *α. Conditions communes à tout remploi.* — Ces conditions sont au nombre de quatre. Il faut en effet :

1° Que l'un des époux ait aliéné un immeuble à lui propre ;

2° Qu'un immeuble nouveau ait été acheté pour remplacer l'ancien ;

3° Qu'il soit déclaré, dans l'acte d'acquisition, que l'immeuble nouveau est acheté en remploi, et avec des deniers provenant de l'aliénation de l'ancien immeuble ;

4° Que l'acceptation du remploi ait lieu avant la dissolution de la communauté.

473. — *Première condition. Aliénation d'un immeuble propre à l'un des époux.* — Il est évident, sans qu'il soit nécessaire d'insister pour le démontrer, que cette première condition est essentielle : puisque le remploi est la substitution d'un immeuble nouveau à un immeuble ancien dans le patrimoine de l'un des époux, il ne peut y avoir remploi s'il n'y a pas aliénation.

Mais faut-il que l'aliénation de l'immeuble précède l'acquisition en remploi, ou bien peut-on acheter un immeuble par avance, pour remplacer un immeuble ou des immeubles que l'un ou l'autre des époux se propose d'aliéner ? Cette question *du remploi par anticipation*, controversée à l'origine, ne l'est plus maintenant : le remploi par anticipation, très fréquent dans la pratique, est reconnu valable par la jurisprudence[1] et par la doctrine.[2]

Cette opinion devait triompher, par les motifs suivants. L'idée fondamentale du remploi, c'est la substitution d'un

[1] Cassation, 23 novembre 1826, Sirey, C. N., VIII, I, 461 ; Cassation, 5 décembre 1854, Sirey, 55, I, 353, et Dalloz, 55, I, 74 ; Paris, 20 novembre 1858, Sirey, 59, II, 5, et Dalloz, 59, II, 78 ; Cassation, 14 mai 1879, Sirey, 80, I, 17, et Dalloz, 79, I, 420. — *Contrà*, Paris, 27 janvier 1820, Sirey, C. N., VI, II, 196 ; Bourges, 1er août 1838, Sirey, 38, II, 455.

[2] Rodière et Pont, I, n° 677 ; Benech, *De l'emploi et du remploi sous le régime dotal*, p. 202-207 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 64, p. 302 ; Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* VII et VIII ; Laurent, XXI, n° 361 ; de Folleville, I, n° 244. — *Contrà*, Toullier, XII, n° 370 ; Bellot des Minières, I, p. 521.

immeuble à un autre : mais cette condition est remplie, du moment où il y a une aliénation et une acquisition en remploi, quelle que soit celle des deux opérations qui ait précédé l'autre. Si c'est l'achat qui est fait d'abord, le remploi est subordonné à la condition qu'un immeuble propre sera aliéné ; mais, une fois cette aliénation opérée, le vœu de la loi est rempli, un immeuble propre est aliéné et un autre est acheté pour le remplacer.

En fait, rien n'est plus utile que ce mode de remploi : on met en vente un immeuble qui, à raison de sa situation ou de sa nature, conviendrait parfaitement à l'un des époux, et remplacerait avantageusement un immeuble éloigné ou improductif qu'il se propose d'aliéner ; il est d'une bonne administration d'acheter cet immeuble, qui deviendrait sans cela la propriété d'un tiers, puis de vendre le propre de l'époux.

Ajoutons que ce mode de remploi permet à l'époux qui veut aliéner un de ses immeubles de ne le faire qu'à bon escient, et après s'être assuré d'avance de l'immeuble qui doit le remplacer.

474. — La validité du remploi par anticipation est généralement admise, ainsi que nous venons de le dire, lorsqu'il s'agit des biens de la femme ; mais, s'il s'agit du remploi des biens du mari, une opinion soutient que ce remploi ne peut être fait par anticipation.

« Attendu, dit la Cour d'Angers, que le mari, après « avoir acquis un immeuble en remploi de ceux qu'il se « propose de vendre, pourrait, en gagnant du temps, se « ménager les moyens de consommer le remploi, si l'ac- « quisition devient avantageuse, ou, dans le cas contraire, « y renoncer en s'abstenant d'aliéner ; ce qui serait une « voie sûre de faire sa condition personnelle meilleure aux « dépens de la communauté. »[1]

« Cette distinction (entre le mari et la femme) nous pa-

[1] Angers, 6 mars 1844, Sirey, 46, II, 37, et Dalloz, 45, II, 57.

« raît raisonnable, ajoute M. Troplong. N'oublions pas que « le remploi actuel est, par la nature des choses, un instru- « ment fort dangereux quand le mari l'exerce dans son « intérêt. Nous sommes donc porté à ne pas en étendre « l'horizon ; nous verrions quelque chose de suspect dans « cet empressement du mari à se saisir d'un immeuble « destiné à remplacer un immeuble propre, qu'il n'a pas « encore aliéné. »[1]

Cette distinction nous paraît inadmissible. En droit, les textes relatifs au remploi, les articles 1434 et 1435, ne prohibent pas plus le remploi anticipé pour le mari qu'ils ne le prohibent pour la femme, et il est impossible de faire entre les époux une distinction que la loi ne fait pas. En fait, nous reconnaissons que le mari peut abuser de ses pouvoirs pour faire sa condition personnelle meilleure, mais ce n'est pas là un inconvénient spécial au remploi : c'est l'inconvénient général des pouvoirs très étendus du mari sous le régime de la communauté.

Nous ajouterons que le remploi par anticipation offre des inconvénients de même nature pour la femme, qui pourra, elle aussi, se refuser à vendre son immeuble propre, si elle voit que l'acquisition faite en remploi ne devient pas avantageuse.[2]

475. — Nous n'admettons même pas le tempérament proposé par MM. Aubry et Rau, qui, tout en reconnaissant en principe la validité du remploi anticipé pour le mari, enseignent que la femme pourrait contester le remploi et faire attribuer à l'immeuble la qualité de conquêt, si les circonstances démontraient que le mari n'avait pas l'intention sérieuse et bien arrêtée de vendre ses immeubles, au moment où il a fait l'acquisition en remploi ; et qu'il ne voulait que se réserver la faculté de profiter de l'acquisition ou de la laisser pour le compte de la communauté.[3]

[1] II, n° 1154.
[2] Cassation, 14 mai 1879, Sirey, 80, I, 17, et Dalloz, 79, I, 420.
[3] V, § 507, texte et note 64, p. 302.

Voici les motifs qui nous font rejeter cette distinction.

D'abord, elle est complètement en dehors des textes : nous avons reconnu qu'ils permettent le remploi par anticipation, par cela seul qu'ils ne le défendent pas ; ce remploi est donc permis d'une façon absolue, et rien ne limite le délai pendant lequel le mari a la faculté de prendre parti, en vendant ou en ne vendant pas ses immeubles propres.

Puis, en fait, cette recherche du caractère plus ou moins sérieux des intentions du mari au moment de l'acquisition nous paraît bien difficile et souvent bien arbitraire ; et nous croyons qu'il est beaucoup plus sûr de décider, d'une façon absolue, que le remploi anticipé est valable pour le mari comme pour la femme, quelle que soit leur hésitation à aliéner ensuite leurs immeubles propres.

476. — L'époux qui a aliéné, non pas un immeuble propre, mais des *valeurs mobilières* qu'il s'était réservées comme propres par son contrat de mariage, ou qui lui ont été données ou léguées pendant le mariage sous la condition qu'elles lui resteront propres, peut-il en effectuer le remploi en immeubles ?

Une opinion enseigne la négative : les immeubles acquis pendant le mariage ont, dit-elle, la qualité de conquêt, hormis les cas exceptés par la loi ; or, la loi excepte le *remploi*, c'est-à-dire le remplacement d'un immeuble propre par un autre immeuble, mais non *l'emploi* de deniers propres en un immeuble. L'immeuble ainsi acquis doit donc être un conquêt, en vertu de la règle générale de l'article 1401, 3°.[1]

L'opinion contraire a prévalu en doctrine et en jurisprudence, et avec raison selon nous : la théorie du remploi est une théorie équitable, qui profite aux époux sans nuire à la communauté, et tous les motifs qui l'ont fait admettre pour les immeubles conduisent à l'admettre pour les meu-

[1] Douai, 2 avril 1846, Sirey, 47, II, 413, et Dalloz, 47, II, 198 ; Rennes, 12 décembre 1846, Dalloz, 47, II, 199. — Duranton, XIV, n° 389 ; Laurent, XXI, n° 363.

bles propres. Il importe peu qu'il s'agisse de remploi ou d'emploi : dans les deux cas le fait juridique est le même, c'est la substitution d'un immeuble nouveau à un bien propre aliéné, que ce bien soit meuble ou immeuble.

On objecte que les articles 1434 et 1435 ne parlent que des immeubles : nous répondrons qu'il y en a une très bonne raison, c'est que, sous le régime de la communauté légale, tous les meubles entrent dans la communauté ; dès lors le législateur pouvait ne pas prévoir les deux hypothèses exceptionnelles dans lesquelles naît la question que nous examinons, la réserve dans le contrat de mariage de certains meubles comme propres, et la donation de meubles sous condition qu'ils resteront propres.

Nous ajouterons, avec MM. Rodière et Pont, que si les articles 1434 et 1435 ne s'occupent que des immeubles aliénés, l'article 1470 suppose que la théorie du remploi s'applique à toute espèce de biens, meubles ou immeubles : « Chaque époux, prélève, dit ce texte, 1° ses *biens personnels* qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou *ceux qui ont été acquis en remploi ;* « 2° le prix de ses immeubles, etc... » L'expression « *biens* » de l'alinéa premier, d'autant plus significative que le « mot « *immeubles* » est employé dans le deuxième alinéa, montre bien que, dans la pensée du législateur, les règles du remploi s'appliquent également au remploi proprement dit, ou remplacement d'un immeuble par un autre, et à l'emploi de valeurs mobilières propres en immeubles.[1]

477. — *Deuxième condition. Acquisition d'un immeuble nouveau pour remplacer l'ancien.* — En principe,

[1] Toulouse, 27 mai 1834, Sirey, 35, II, 175 ; Cassation, 26 mai 1835, Sirey, 35, 1, 833 ; Paris, 9 juillet 1841, Sirey, 41, II, 534 ; Bourges, 27 août 1853, Sirey, 60, I, 241, et Dalloz, 55, II, 319 ; Cassation, 16 novembre 1859, 60, I, 241, et Dalloz, 59, I, 490 ; Douai, 15 juin 1861, Sirey, 62, II, 65, et Dalloz, 62, II, 160. — Troplong, II, nos 1156-1157 ; Rodière et Pont, I, n° 679 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 88, p. 309-310.

lorsqu'un immeuble appartenant à l'un des époux est aliéné, le remploi doit en être effectué en immeubles : c'est ce qui résulte des articles 1434 et 1435, qui ne prévoient que le remploi en immeubles, et c'est aussi ce qui ressort de la notion même du remploi ; cette institution a pour but de conserver comme il était le patrimoine des époux, et il faut pour cela que les biens aliénés soient remplacés par des biens de même nature.

L'immeuble acheté en remploi peut être vendu par un tiers, et c'est ce qui arrivera le plus souvent ; mais, par exception à la règle qui défend la vente entre époux, l'article 1595, 2°, autorise le mari à céder à sa femme, même non séparée, des immeubles à lui propres en remploi de ceux qu'elle a aliénés. Il importe toutefois de remarquer que cette faculté n'est pas réciproque, et que la femme ne pourrait céder ses immeubles en remploi de ceux aliénés par son mari, car l'article 1595 n'autorise la cession par la femme au mari qu'après séparation de biens, et pour remplir celui-ci de ses reprises.

Puisque le mari peut céder en remploi un de ses immeubles propres à la femme, à plus forte raison peut-il lui abandonner à ce titre un immeuble de communauté : « Si « le mari, dit très exactement M. Bugnet, qui n'est que « garant, ou, si l'on veut, débiteur subsidiaire envers sa « femme, peut lui donner en paiement un de ses propres, « il doit à plus forte raison pouvoir lui céder un immeuble « de communauté, puisque c'est la communauté qui est « principalement débitrice envers la femme dont l'immeu- « ble a été aliéné. »[1]

478. — L'article 7 du décret du 16 janvier 1808, en autorisant les propriétaires d'actions de la Banque de France à donner à leurs actions la qualité d'immeubles, élargit le cercle dans lequel peut être fait le remploi des immeubles appartenant aux époux.

[1] Sur Pothier, *Traité de la communauté*, n° 199, note 2. — *Sic*, Rodière et Pont, I, n° 681.

En effet, dans le silence du contrat, pour le remploi légal dont nous nous occupons en ce moment, le remploi d'immeubles réels peut avoir lieu en actions de la Banque immobilisées, qui ont la qualité juridique d'immeubles. Au point de vue des termes, ce remploi est fait « en immeu- « bles », puisque les actions de la Banque de France immobilisées ont nature d'immeubles ; et, au point de vue des intérêts de la femme, ce mode de remploi présente tous les avantages que la loi a voulu obtenir par l'institution du remploi.[1]

479. — L'article 46 de la loi budgétaire du 2 juillet 1862 autorise le remploi des immeubles en rente sur l'Etat 3 pour 100, dans les termes suivants : « Les sommes dont « le placement ou le remploi en immeubles est prescrit ou « autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou « par une disposition à titre gratuit, entre vifs ou testa- « mentaire, peuvent être employées en rentes 3 pour 100 « de la dette française, *à moins de clause contraire.* — « Dans ce cas, et sur la réquisition des parties, l'immatri- « cule de ces rentes au Grand-Livre de la Dette publique « en indique l'affectation spéciale. »

Cette disposition législative doit être complétée par l'article 29 de la loi de finances des 16 septembre-2 octobre 1871, qui permet, dans les mêmes termes, le remploi non plus seulement en rentes 3 pour 100, mais « en rentes fran- « çaises de toute nature. ».

On reconnaît unanimement que ces textes, qui ont plutôt un caractère interprétatif de la législation antérieure que le caractère de dispositions nouvelles, s'appliquent aussi bien aux contrats de mariage antérieurs à la loi du 2 juillet 1862 qu'aux contrats de mariage postérieurs.[2]

Dans quels cas y aura-t-il « *clause contraire* » dans le sens de la loi du 2 juillet 1862, mettant obstacle au remploi

[1] Caen, 8 mai 1838, Sirey, 48, II, 657, *en note.*

[2] Bourges, 16 mars 1870, Sirey, 70, II, 218 ; Caen, 26 janvier 1872, Sirey, 72, II, 49 ; Rouen, 30 mai 1877, Sirey, 78, II, 135.

en rentes sur l'Etat? La question est délicate, et surtout importante sous le régime dotal : il nous paraît certain que si le contrat de mariage porte que le remploi aura lieu « *en im-* « *meubles ruraux* », ou « *en immeubles situés dans tel ar-* « *rondissement ou dans tel département* », il y a clause contraire, c'est-à-dire clause indiquant suffisamment la volonté des époux d'exiger un remploi en immeubles corporels.[1]

Il devrait encore en être de même si, d'après le contrat de mariage, le remploi doit être fait « *en immeubles* « *réels.* »[2]

Mais il a été jugé que, si le remploi est exigé « *en im-* « *meubles de même nature* », il n'y a pas clause contraire, et le remploi peut être fait en rentes sur l'Etat.[3]

L'opinion contraire nous semble préférable : les rentes sur l'Etat sont des immeubles, par la fiction de la loi, mais ce ne sont pas des immeubles « de même nature » que des maisons ou des champs. La signification naturelle de ces mots, c'est que les époux ont voulu ajouter aux exigences de la loi, qu'ils ne se sont pas contentés d'un remploi en immeubles, mais qu'ils ont voulu que la « nature » du patrimoine ne fût pas changée, c'est-à-dire que les immeubles corporels que la femme possédait fussent remplacés par d'autres immeubles corporels.

480. — Le remploi des immeubles propres aliénés doit avoir lieu, disons-nous, en immeubles, comme le supposent les articles 1434 et 1435 : mais ne pourrait-on pas remplacer en meubles l'immeuble aliéné par l'un des époux?

Nous croyons que sous le régime de la communauté, que nous étudions en ce moment, ce remploi est possible avec le consentement de l'époux dont l'immeuble a été aliéné : celui-ci peut, en effet, sous ce régime de liberté, disposer à son gré de son patrimoine ; il peut ne pas exiger

[1] Aix, 23 mai 1866, Sirey, 66, II, 324 ; Rouen, 18 janvier 1870, Sirey, 72, II, 5.

[2] Caen, 26 janvier 1872, Sirey, 72, II, 49.

[3] Caen, 8 janvier 1872, Sirey, 72, II, 49.

de remploi, et se contenter d'une créance en reprises contre la communauté ; nous croyons qu'il peut, par les mêmes motifs, accepter en remploi des valeurs d'une nature différente de celles qu'il a aliénées. C'est la solution que nous avons admise pour l'échange,[1] et elle doit être la même pour le remploi.[2]

Il suit de là que si le remploi est effectué par le mari pour lui-même, ou pour la femme, mais du consentement et avec l'acceptation de celle-ci, le remploi sera valable et définitif; et, s'il est fait par le mari pour la femme, arrière de celle-ci, elle seule ou ses représentants pourront en invoquer la nullité.[3]

481. — *Troisième condition. Il faut qu'il soit déclaré, dans l'acte d'acquisition, que l'immeuble nouveau est acheté pour remplacer l'ancien, et avec des deniers provenant de l'aliénation de cet immeuble.* — A la différence de l'échange, dans lequel la subrogation d'un immeuble à l'autre s'opère *ipso facto*, sans qu'il y ait de déclaration que l'immeuble nouveau est destiné à remplacer l'immeuble abandonné en échange,[4] le remploi ne s'opère pas par le seul fait de l'acquisition d'un immeuble avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre ; il faut, en outre, qu'il soit déclaré : 1° que l'immeuble est acheté avec des deniers provenant de la vente de l'ancien immeuble ; 2° et qu'il est acheté pour lui servir de remploi (articles 1434 et 1435).

Nous disons, en premier lieu, que l'acte d'acquisition doit contenir la déclaration que l'immeuble est acheté avec les deniers provenant de l'aliénation du propre vendu : mais il faut bien entendre cette condition. La loi n'exige pas ici, comme elle l'exige en matière de subrogation personnelle *ex parte debitoris* (article 1250, 2°), que les de-

[1] *Suprà*, Tome II, n° 468.
[2] *Contrà*, Rodière et Pont, I, n° 681.
[3] Cassation, 21 juin 1841, Sirey, 42, I, 763.
[4] *Suprà*, Tome II, n° 464.

niers qui vont servir au paiement soient *identiquement* les mêmes que ceux qui proviennent de l'immeuble à remplacer. C'est ce qui résulte, d'abord, du texte des articles 1434 et 1435, comparé à celui de l'article 1250, 2° : lorsqu'il s'agit de remploi, la loi se contente de la déclaration que « *l'acquisition* est faite des deniers provenus de « l'aliénation de l'immeuble », au lieu d'exiger la déclaration que « *le paiement* est fait des deniers fournis à cet « effet (par le nouveau créancier) » ; ce qui veut dire que le prix d'acquisition doit être égal au prix de vente de l'ancien immeuble, mais qu'il peut être fourni avec d'autres deniers. Cette solution était, d'ailleurs, imposée par la faveur qui s'attache au remploi : exiger que le paiement fût fait avec les deniers provenant de la vente de l'ancien immeuble, c'eût été le plus souvent rendre le remploi impossible ; il peut s'écouler un long espace de temps entre la vente et l'acquisition, et il est inadmissible que l'on soit obligé de conserver pendant ce temps les deniers qui devraient servir plus tard au paiement.[1]

Le remploi est donc valable, bien que le prix de l'aliénation n'ait pas été versé dans la communauté au moment où a eu lieu l'acquisition en remploi. Puisque nous avons admis la validité du remploi par anticipation, alors que l'immeuble qu'il s'agit de remplacer n'est pas encore vendu, à plus forte raison devons-nous admettre la validité du remploi si l'immeuble est vendu, mais non encore payé au moment de l'acquisition nouvelle.[2]

Il suffit donc, pour la validité du remploi, que le mari, en sa qualité de chef de la communauté, ait eu à sa disposition, pendant la durée de la communauté, une somme égale à celle qui a servi à payer l'immeuble acquis en remploi ;[3] soit qu'il l'ait reçue avant l'acquisition, et que

[1] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 65, p. 302 ; Laurent, XXV, n° 362.

[2] Cassation, 6 janvier 1858, Sirey, 58, I, 273, et Dalloz, 58, I, 40.

[3] Cassation, 6 décembre 1819, Sirey, C. N., VI, I, 143. — Duran-

les deniers aient été remplacés par d'autres au jour de l'acquisition nouvelle, soit qu'il ne l'ait reçue qu'après l'acquisition en remploi.

482. — Nous croyons même, avec MM. Aubry et Rau,[1] qu'il faut aller plus loin, et dire que le remploi sera valable, n'y eût-il pas d'indication d'origine de deniers, s'il y a une déclaration formelle que l'immeuble est acheté en remploi, et qu'il soit prouvé, d'ailleurs, que l'époux au nom duquel le remploi est fait a aliéné des immeubles propres à concurrence de la valeur de celui acheté en remploi. En effet, l'indication de l'origine de deniers est peu utile, du moment où l'on reconnaît, comme nous l'avons fait, que les deniers peuvent ne pas être les mêmes que ceux dont l'origine est indiquée ; cette mention sera même souvent contraire à la vérité, et parfois matériellement impossible, s'il s'agit d'un remploi à faire par anticipation.

Notre conclusion est donc que l'on fera bien d'insérer l'origine de deniers dans l'acte d'acquisition en remploi, car l'acte de remploi portera en lui-même la preuve de sa validité ; mais que, si cette mention ne s'y trouve pas, le remploi n'en sera pas moins valable, à la charge par l'époux acquéreur de prouver l'existence de deniers propres, égaux aux prix d'acquisition.

483. — Il faut, en second lieu, qu'il soit déclaré, dans l'acte d'acquisition, que l'immeuble nouveau est acheté pour servir de remploi : cette seconde condition ressort très nettement des termes des articles 1434 et 1435, qui exigent d'abord une déclaration d'origine de deniers, puis une déclaration que l'immeuble est acheté en remploi.

Il est vrai que, dans notre ancien droit, Pothier décidait que l'immeuble était propre, du moment où l'on avait déclaré dans l'acte soit que l'acquisition était faite avec des

ton, XV, n° 428 ; Rodière et Pont, I, n° 660 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 66, p. 302-303 ; Laurent, XXI, n° 362. — *Compar.* Cassation, 8 novembre 1886, Sirey, 87, I, 61.

[1] V, § 507, texte et note 70, p. 303-304. — *Contrà,* Rodière et Pont, I, n° 657 ; Laurent, XXI, n° 364.

deniers propres, soit qu'elle était faite pour tenir lieu de remploi : « Lorsque j'achète, dit-il, durant la communauté, « un héritage avec déclaration que c'est des deniers qui « m'étaient propres, *putà*, qui provenaient du prix de la « vente que j'avais précédemment faite, durant la com- « munauté, d'un héritage propre ; *ou* lorsqu'il est dit que « c'est pour me tenir lieu de remploi du prix de cet héri- « tage ; l'héritage, acquis avec cette déclaration, a la qua- « lité de propre. »[1] Cette théorie est reproduite sous notre droit nouveau, et l'on soutient qu'il suffit, pour que le remploi soit valable, de la déclaration que l'immeuble est acquis de deniers propres ; cette déclaration indique suffisamment, dit-on, que c'est pour tenir lieu d'emploi.[2]

Cette théorie nous paraît inadmissible.

Déjà, dans l'ancien droit, elle était combattue par Renusson[3] et par Lebrun ;[4] et, sous l'empire du Code, elle nous paraît en complète contradiction avec le texte des articles 1434 et 1435. La substitution dans ces deux textes de la conjonctive *et* à la disjonctive *ou*, qu'employait Pothier, montre bien que les rédacteurs du Code ont voulu exiger, en outre de la mention d'origine de deniers, une déclaration de remploi. Ajoutons, avec MM. Aubry et Rau, que la déclaration d'origine de deniers est à elle seule insuffisante, car elle peut n'avoir d'autre but que de constater le droit de l'époux vendeur à la reprise de ses deniers, qui ont servi à payer l'immeuble ; mais elle ne prouve pas nécessairement la volonté que l'immeuble acheté devienne un propre, et cette volonté est indispensable pour qu'il y ait remploi.[5]

[1] *Traité de la communauté*, n° 198.

[2] Duranton, XV, n° 428.

[3] *Traité des propres*, Chap. IV, sect. II.

[4] *Traité de la communauté*, liv. III, Chap. IV, sect. II.

[5] Cassation, 23 mai 1838, Sirey, 38, I, 525. — Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 65-72 ; Rodière et Pont, I, n°s 657 et suiv.; Troplong, II, n°s 1119-1122 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 68, p. 303. — Voir *infrà*, Tome II, n° 491, un arrêt du 20 août 1872 en ce sens, relativement au remploi des biens du mari.

484. — Si la déclaration de remploi est nécessaire, comme nous le croyons, la loi ne la soumet toutefois à aucune forme sacramentelle : le mieux est de déclarer expressément que l'immeuble nouveau est acheté en remploi, mais les parties peuvent employer des termes équivalents, et, du moment où l'acte ne laisse aucun doute sur leur volonté d'acheter en remploi, le remploi sera valable, quelles que soient les expressions employées.[1]

485. — Puisqu'il faut une déclaration formelle de remploi pour que l'immeuble acheté soit propre, il en résulte que l'immeuble *donné en paiement* par le débiteur d'une créance propre à l'un des époux sera un conquêt, et non un propre, à moins qu'il ne soit formellement déclaré dans la quittance que l'immeuble servira de remploi à la créance propre :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que si le débiteur de « l'un des époux lui cède des immeubles en paiement de « sa créance, qu'il s'est réservée comme propre, cette « dation en paiement, qui n'est point un échange et qui « n'est en réalité qu'une vente, ne produit pas d'autres « effets qu'une vente dont le prix aurait été déclaré com- « pensé avec la créance de l'acquéreur ; que, dans l'un « comme dans l'autre cas, l'époux créancier du vendeur « ne fait que payer avec sa créance, pour le compte de la « communauté et sauf récompense, le prix de la chose ac- « quise, sans se procurer par là un remploi actuel de son « propre, *à moins qu'il ne le déclare expressément.* »[2]

L'arrêt que nous venons de citer admet, comme on le voit, que l'immeuble donné en paiement d'une créance propre aurait nature de propre, s'il y avait dans l'acte une

[1] Cassation, 14 frimaire an XII, Sirey, C. N., IV, II, 47 ; *Arrêt précité* de cassation, 23 mai 1838. — Troplong, II, n° 1123 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 69, p. 303.

[2] Cassation, 26 juillet 1869, Sirey, 69, I, 401, et Dalloz, 69, I, 455 ; Rouen, 23 février 1870, Sirey, 71, II, 91, et Dalloz, 71, II, 235. — Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 42, p. 294.

déclaration expresse de remploi : nous adoptons tout à fait cette solution, qui n'est que l'application du principe que nous avons posé plus haut,[1] et d'après lequel l'immeuble acquis en emploi d'une créance mobilière propre est lui-même un propre.

Rappelons aussi qu'en dehors même de toute déclaration d'emploi ou de remploi, l'immeuble donné en paiement serait encore propre, s'il était abandonné par un ascendant en paiement de la dot promise à l'époux, par application de l'article 1406.[2]

486. — La déclaration de remploi, exigée pour que l'immeuble acquis devienne un propre, doit être faite dans l'acte d'acquisition lui-même, *in continenti :* si elle était faite après coup, *ex intervallo*, elle serait efficace, et l'immeuble n'en serait pas moins un conquêt de communauté, sauf ce que nous allons dire en ce qui concerne le remploi effectué au profit de la femme. Pothier en donne le vrai motif : c'est que l'immeuble est devenu un conquêt au moment de son acquisition, et on ne peut plus, par une déclaration postérieure, le transformer en propre.

« Observez, dit-il, que pour que la déclaration puisse « rendre l'héritage nouvellement acquis propre de com- « munauté par subrogation, il faut que cette déclaration « soit faite *in continenti* par le contrat d'acquisition de « l'héritage nouvellement acquis. Si l'acquisition avait été « faite sans cette déclaration, inutilement la ferait-on *ex* « *intervallo ;* car l'héritage ayant été fait conquêt lorsqu'il « a été acquis, faute de cette déclaration, la communauté « ne peut plus, par cette déclaration que l'on ferait *ex in-* « *tervallo*, être privée d'une chose qui lui a été une fois « acquise. »[3]

Cette théorie très juridique est unanimement admise.[4]

[1] *Suprà*, Tome II, n° 476.
[2] *Suprà*, Tome I, n° 458.
[3] *Traité de la communauté*, n° 198.
[4] Bourges, 26 avril 1837, Sirey, 37, II, 359. — Rodière et Pont,

487. — Que décider si cette déclaration de remploi, faite postérieurement à l'acte d'acquisition, est faite dans l'intérêt de la femme ? Il est certain que l'immeuble deviendra un propre de la femme, car, si l'opération n'est pas valable comme constituant une acquisition en remploi au profit de la femme, elle est tout au moins valable comme cession d'un bien de communauté à la femme pour lui servir de remploi, en conformité de l'article 1595, 2°.

Mais une opinion soutient que le remploi produira les mêmes effets que si la déclaration avait été faite dans l'acte même d'acquisition. On invoque, en ce sens, l'opinion exprimée par Dumoulin dans ses notes sur la coutume du Bourbonnais (article 238), et sur celle de Blois (article 264) : « *Maritus poterit ex intervallo bonam fidem agnoscere* « *etiam in testamento.* » On ajoute que l'article 1595, en permettant au mari de céder un de ses immeubles à sa femme pour lui tenir lieu de remploi d'un immeuble aliéné, tranche la question : il en résulte que la déclaration du mari peut n'intervenir qu'après l'acquisition.[1]

Nous croyons qu'il faut repousser cette opinion.

Il convient, d'abord, d'écarter le passage de Dumoulin que l'on invoque, et qui a trait à un tout autre d'ordre d'idées : ce que Dumoulin a voulu établir, ce n'est pas la validité du remploi fait après coup, mais la validité de la reconnaissance que le mari ferait après coup du droit de la femme à une récompense. L'exactitude de cette interprétation de la pensée de Dumoulin a été prouvée de la façon la plus décisive par M. Labbé,[2] notamment à l'aide du passage suivant de Guy Coquille, qui montre bien ce que voulait dire Dumoulin : « Auparavant la rédaction de ces « nouvelles coutumes (Paris et Orléans), la commune opi- « nion du palais de Paris était que la femme qui vendait

I, n° 662 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 71, p. 304 ; Laurent, XXI, n° 366.

[1] Rodière et Pont, n° 663 ; Marcadé, articles 1434-1435, III.

[2] *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 95.

« son héritage simplement *ne devait être récompensée*, « s'il n'y avait réserve expresse en vendant par elle, et « suivant ce est la coutume de Bourbonnais, art. 238. Mais « Dumoulin, en l'annotation sur ledit article, dit que *etiam* « sans réserve et sans paction, le mary peut *ex intervallo* « reconnaître de bonne foy et faire la récompense de bonne « foy. »[1]

Sur le terrain des principes, la solution ne nous paraît guère douteuse : l'immeuble acheté sans déclaration de remploi devient immédiatement un conquêt, comme l'enseignait Pothier et comme le veut l'article 1401, 3°. Cet immeuble ne peut plus sortir du patrimoine de la communauté, pour entrer dans celui de la femme, que par l'effet d'une vente : l'article 1595, 2°, permet sans doute cette vente, mais elle produira des effets bien différents de ceux du remploi, notamment au point de vue des hypothèques judiciaires ou légales dont l'immeuble aurait été grevé pendant son passage dans la communauté.[2]

Notre conclusion est donc que le remploi, aussi bien pour la femme que pour le mari, ne peut se faire que par une déclaration contenue dans l'acte d'acquisition ; et la déclaration postérieure de remploi produirait au respect de la femme non pas les effets ordinaires du remploi, que nous étudierons bientôt, mais les effets d'une vente par la communauté à la femme.[3]

488. — *Quatrième condition. Acceptation du remploi avant la dissolution de la communauté.* — L'acceptation du remploi constitue une des conditions essentielles de sa validité, ainsi qu'il résulte de l'article 1435.[4]

[1] Sur la Coutume de Nivernais, Titre *Des droits appartenant à gens mariés.*

[2] Voir *infrà*, Tome II, n°s 508 et suivants.

[3] Bourges, 26 avril 1837, Sirey, 37, II, 359. — Duranton, XIV, n°s 392 et 396 ; Troplong, II, n°s 1061, 1117 et 1122 ; Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 93 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 71, p. 304-305.

[4] Cassation, 26 juillet 1869, Sirey, 69, I, 401 ; Rouen, 23 février 1870, Sirey, 71, II, 91 ; Cassation, 25 juin 1883, Sirey, 85, I, 376.

Tant que dure l'administration du mari, c'est-à-dire tant que vit la communauté dont il est le chef, le remploi peut être valablement accepté : mais, une fois la communauté dissoute, soit par le décès du mari, soit par la séparation de corps ou de biens, nous disons que le remploi ne peut plus être accepté, et que l'immeuble est définitivement un conquêt de communauté.

La question ne présente pas d'intérêt pour le mari, puisque le remploi doit être accepté par lui au moment même où il l'effectue, c'est-à-dire dans l'acte d'acquisition : nous avons dit en effet qu'après il serait trop tard, l'immeuble étant devenu un conquêt, et le mari ne pouvant s'en faire la cession à lui-même à titre de remploi.

Au contraire, la question est importante en ce qui concerne le remploi des biens de la femme. Pour elle, le remploi peut se faire et se fait souvent, comme nous le verrons bientôt, en deux actes : le mari achète un immeuble pour servir de remploi aux propres de la femme aliénés ou à aliéner ; puis la femme déclare, dans un acte postérieur, qu'elle accepte le remploi offert par le mari : jusqu'à quelle époque peut-elle faire cette acceptation ?

L'opinion la plus accréditée, et à laquelle nous nous rallions pleinement, enseigne que la femme ne peut accepter que jusqu'à la dissolution de la communauté ; mais que, une fois la communauté dissoute, n'importe de quelle manière, fût-ce par la séparation de biens, l'acceptation serait inefficace :[1]

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mai « 1859, qu'à cette époque le sort de l'acquisition se trouve

[1] Lyon, 25 novembre 1842, Sirey, 43, II, 418 ; Besançon, 11 janvier 1844, Sirey, 45, II, 85, et Dalloz, 45, IV, 452 ; Douai, 9 mars 1847, Sirey, 49, II, 20, et Dalloz, 49, II, 141 ; Cassation, 2 mai 1859, Sirey, 59, I, 293, et Dalloz, 59, I, 275 ; Angers, 18 mai 1868, Dalloz, 68, II, 82.— Pothier, *Traité de la communauté*, n° 200; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n°s 85 et 93 ; Troplong, II, n° 1126 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 76, p. 306 ; Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* XVII ; Laurent, XXI, n° 375.

« définitivement fixé, et la femme ne saurait alors, par « une acceptation tardive, s'approprier un immmeuble dont « elle aurait laissé jusque là toutes les chances à la charge « du mari ou à la charge de la communauté. »

MM. Rodière et Pont n'acceptent pas cette théorie : ils font remarquer que si le droit accordé à la femme de prendre ou de laisser l'immeuble à la dissolution de la communauté, à son gré, est un droit arbitraire et excessif, il présente le même caractère, qu'il soit exercé quelques jours avant la dissolution du mariage ou quelques jours après. Du moment où l'on admet que l'acceptation de la femme peut être postérieure en contrat d'acquisition, et qu'elle peut être faite jusqu'à la dissolution de la communauté, on lui reconnaît par là même un droit arbitraire, on lui fait une situation avantageuse au détriment de la communauté, qui est exposée à se voir enlever l'immeuble, s'il a augmenté de valeur, et à le garder, s'il a diminué.

Il faut donc chercher ailleurs, disent-ils, la limite de l'exercice du droit accordé à la femme : l'acquisition faite par le mari pour servir de remploi à la femme constitue une offre, qui peut, comme toute offre, être acceptée tant que vit la personne qui l'a faite, le mari, mais qui ne peut plus l'être après son décès. Il suit de là que si la communauté est dissoute par la mort du mari, la femme ne pourra plus accepter le remploi ; mais si elle est dissoute par la mort de la femme, ou par la séparation de corps ou de biens, les héritiers de la femme ou la femme elle-même pourront encore accepter le remploi, tant que vit le mari.[1]

Nous croyons qu'il faut repousser cette distinction, par les motifs suivants. Nous reconnaissons que la raison donnée généralement pour écarter l'acceptation de la femme après la dissolution de la communauté, à savoir que les mauvaises chances sont pour la communauté, est insuffisante pour fixer la limite précise où cette acceptation

[1] Rodière et Pont, I, n° 667-668.

devient impossible ; mais on peut donner, à l'appui de la solution que nous défendons, deux autres raisons, l'une de texte, l'autre de principes.

Au point de vue des textes, l'article 1435 déclare que, si la femme n'a pas accepté le remploi, elle a droit « *lors de* « *la dissolution de la communauté* » à la récompense du prix de son immeuble vendu : il faut donc que la femme ait pris parti avant cette époque. Le même argument est fourni par l'article 1470, qui fixe également à la dissolution de la communauté le droit de la femme à une récompense pour le prix de ses propres.

Au point de vue des principes, le remploi est un acte d'administration maritale, qui ne peut plus être effectué lorsque cette administration a pris fin par la dissolution de la communauté. C'est là, à notre avis, la véritable raison juridique qui fixe l'époque où le remploi n'est plus possible, et qui doit faire repousser la distinction proposée par MM. Rodière et Pont.

489. — La femme, disons-nous, peut accepter le remploi tant que dure la communauté : mais le mari ne peut-il pas, pendant la durée de la communauté, demander et obtenir que les tribunaux impartissent un délai à la femme pour accepter ou refuser le remploi ?

Oui, répond un premier système : « Il ne faut pas, dit « M. de Folleville, que la femme ait le droit de venir tar- « divement prendre l'immeuble destiné au remploi, et « qu'après avoir laissé à la charge du mari tous les risques « et toutes les avances, elle se présente *ad paratas epulas*, « quand l'opération a porté tous ses fruits ».[1]

Ce système nous paraît contraire à l'article 1435, qui permet implicitement à la femme d'attendre jusqu'à la dissolution de la communauté pour prendre parti. On objecte que c'est une situation fâcheuse pour le mari, qui court tous les risques de l'opération : nous répondrons que le

[1] I, n° 223 *bis*.

mari ne peut se plaindre, car il s'est exposé lui-même à cette situation en achetant pour le compte de la femme et sans le consentement de celle-ci. En agissant ainsi, il donnait à la femme une option dont la loi n'a pas limité l'exercice pendant la communauté, et à laquelle les tribunaux ne peuvent arbitrairement assigner un délai.[1]

490. — Nous ne nous occupons ici que du délai du remploi légal : quant au délai dans lequel doit être accepté le remploi conventionnel, nous l'examinerons au n° 2, *Des règles spéciales au remploi conventionnel.*

490 *bis.* — Les frais du remploi doivent être à la charge de l'époux pour lequel ce remploi est fait, et qui l'a accepté : c'est l'application du principe écrit dans l'article 1593, d'après lequel les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur.

Ce principe est généralement admis sous le régime de la communauté, aussi bien en ce qui concerne le remploi fait pour la femme que le remploi fait pour le mari.[2] Mais, sous le régime dotal, c'est une question controversée, et que nous aurons à étudier, de savoir si les frais de remploi, et surtout les frais de plusieurs remplois successifs peuvent être mis à la charge de la dot.

491. — β. *Conditions relatives au remploi des biens du mari.* — Nous devons d'abord rappeler une condition commune à tout remploi,[3] mais qui a été spécialement mise en relief par la jurisprudence à propos du remploi des biens du mari : il ne suffit pas qu'il y ait, dans l'acte, une indication que les deniers qui ont servi à payer l'acquisition sont des deniers propres au mari, il faut encore que l'acte exprime la volonté formelle du mari d'acquérir en remploi. C'est ce que la Cour de cassation a très bien indiqué dans un arrêt de principes que nous tenons à reproduire :

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* XVII ; Laurent, XXI, n° 375.

[2] Rodière et Pont, I, n° 685 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 87, p. 309 ; Laurent, XXI, n° 382.

[3] *Suprà,* Tome II, n° 483.

« Attendu que toutes acquisitions ou tous contrats à « titre onéreux faits par le mari pendant la communauté « sont, en règle générale, réputés faits pour le compte de « cette dernière ;

« Qu'il est vrai que, par dérogation à cette règle, cer- « tains engagements ou acquisitions, quoique faits pen- « dant la durée de la société conjugale, constituent des « propres, et qu'il en est ainsi, notamment, de l'acquisition « faite ou de l'engagement contracté à titre de remploi en « faveur de l'un ou de l'autre époux ;

« Mais que la dérogation est subordonnée par la loi à « des conditions précises, et que, spécialement, en ce qui « concerne le remploi lorsqu'il est stipulé au profit du « mari, il ne peut résulter que de la double déclaration « que la nouvelle acquisition ou le nouvel engagement est « contracté des deniers propres du mari, et que l'acqui- « sition ou l'engagement a eu lieu pour lui servir de « remploi ;

« Attendu, dans l'espèce..., que si des déclarations de « l'acte constitutif de société, il résulte que les deniers « propres (du mari) ont été employés à fournir l'apport « par lui fait à ladite société, il n'apparaît d'aucune des « dispositions des actes que (le mari) ait entendu faire cet « apport à titre de remploi ;

« Qu'à défaut d'une indication manifestant, sinon en « termes exprès, au moins d'une manière non équivoque, « la volonté de faire un remploi, la seule déclaration de « l'origine des deniers était insuffisante pour que les « droits acquis par le défendeur dans la société nouvelle « lui sortissent nature de propres ».[1]

492. — La volonté du mari d'accepter un bien en remploi doit être exprimée au moment même de l'acquisition de ce bien : mais, une fois l'immeuble acheté sans déclaration de remploi au profit du mari, le consentement de la

[1] Cassation, 20 août 1872, Sirey, 73, I, 5, et Dalloz, 72, I, 406.

femme ne peut suffire pour valider le remploi que le mari voudrait faire ultérieurement. En effet, l'immeuble est, ainsi que nous l'avons dit, entré dans l'actif de la communauté au moment où il a été acquis, et la prétendue déclaration de remploi que le mari voudrait faire ultérieurement ne serait qu'une vente entre époux, prohibée par l'article 1595.[1]

493. — Le mari doit, disons-nous, déclarer d'une manière claire, dans l'acte d'acquisition, qu'il entend acquérir l'immeuble en remploi d'un de ses propres : cette déclaration est nécessaire même si le bien acheté consiste dans une part d'immeuble dont le mari est copropriétaire par indivis. Sans doute, cette part sera propre au mari, par application de l'article 1408 : mais, à défaut de déclaration de remploi, le mari devra récompense à la communauté du prix d'acquisition, sauf à prélever le prix de ses immeubles propres aliénés.

En effet, le mari a pu employer au paiement de la portion d'immeuble par lui acquise le revenu de ses biens personnels ou des biens propres de la femme, c'est-à-dire des capitaux dépendant de la communauté, au lieu d'y employer le prix de ses propres aliénés ; et, du moment où les conditions spéciales exigées pour le remploi n'ont pas été observées, l'acquisition doit être régie soit par l'article 1401, 3°, soit par l'article 1408, s'il s'agit d'une part d'immeubles indivis.[2]

494. — *γ. Conditions relatives au remploi des biens de la femme.* — Pour que le remploi soit valable au respect de la femme, il ne suffit pas que le mari déclare qu'il achète un immeuble pour servir de remploi, il faut encore que la femme accepte cet immeuble comme

[1] Bourges, 23 avril 1837, Sirey, 37, II, 359. — Troplong, II, n° 1117; Rodière et Pont, I, n° 662; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 71, p. 304; Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis*; Laurent, XXI, n° 366.

[2] Cassation, 3 août 1852, Sirey, 52, I, 833, et Dalloz, 52, I, 257.

remploi :[1] « Cette déclaration (du mari), disait Pothier, « n'est pas seule suffisante pour que l'héritage tienne lieu « de remploi, et soit en conséquence propre de commu- « nauté de la femme par subrogation ; il faut, outre cela, « que la femme consente que cet héritage lui tienne lieu « de remploi ».[2]

Le motif en est que le mari n'a pas reçu de la loi le pouvoir d'acheter pour la femme, pas plus qu'il n'a le droit de vendre les propres de celle-ci ; il est administrateur de la fortune de la femme, mais le pouvoir de l'administrateur ne va pas jusqu'à acquérir pour le compte de celui dont il administre la fortune, et à lui imposer une acquisition peut-être mauvaise. Il faudrait pour cela que la loi eût donné au mari un mandat spécial, qu'elle ne lui a pas donné, et qui d'ailleurs aurait augmenté, outre mesure, les pouvoirs, déjà si étendus, du mari sous le régime de la communauté.

495. — Du moment où la femme accepte le remploi, elle peut accepter tel remploi que bon lui semblera, ne fût-il pas de la même nature que le bien aliéné.

C'est ainsi, par exemple, que la femme peut accepter comme remploi de valeurs mobilières à elle propres une constitution de rente viagère sur sa tête.[3]

Sous le régime de la communauté, en effet, les biens de la femme sont de libre disposition, comme nous l'avons déjà fait remarquer ; et de même qu'elle peut ne pas faire de remploi, et se contenter de sa créance de reprises contre la communauté, de même elle peut accepter en remploi une valeur différente de celle qu'elle a aliénée.

Rappelons d'ailleurs que, pour la femme comme pour le mari, le remploi peut être accepté par anticipation ; et qu'il n'est pas nécessaire qu'au moment de l'acquisition le

[1] Cassation, 25 juillet 1852, Sirey, 52, II, 812, et Dalloz, 52, I, 249 ; Cassation, 25 juin 1883, Dalloz, 84, I, 79.

[2] *Traité de la communauté*, n° 199.

[3] Besançon, 18 février 1853, Sirey, 53, 1, 457 ; Bordeaux, 17 décembre 1873, Sirey, 73, II, 113, et Dalloz, 74, V, 101.

mari ait des deniers provenant de l'aliénation des propres de sa femme, pourvu qu'il les ait reçus avant la dissolution de la communauté ;[1] mais, si la communauté venait à se dissoudre avant que le prix des propres de la femme, aliénés par elle, eût été versé dans la communauté, l'immeuble serait un conquêt.[2]

496. — Pour savoir comment la femme peut accepter le remploi proposé par le mari, il faut distinguer deux hypothèses : ou la femme est présente à l'acte d'acquisition en remploi, ou elle ne figure pas à cet acte.

Si elle est présente et qu'elle accepte le remploi, pas de difficulté ; le remploi est valable et définitif.

Mais que décider si elle concourt à l'acte sans déclarer qu'elle accepte le remploi ? L'acte porte que l'immeuble est acheté pour servir de remploi à la femme, mais rien n'indique qu'elle accepte ; le seul concours de la femme à l'acte suffit-il pour que le remploi soit valable ?

C'était la solution de Pothier : « Si la femme, dit-il, « avait souscrit ou avait été présente au contrat d'acquisi- « tion de l'héritage, par lequel contrat le mari a déclaré « que l'acquisition est faite pour tenir lieu à la femme de « son remploi, quoiqu'il ne soit pas dit expressément par « le contrat que la femme a accepté cet héritage pour lui « tenir lieu de son remploi, la présence ou la souscrip- « tion de la femme au contrat où cette déclaration est « portée, en est une suffisante acceptation ; et par consé- « quent nul doute, en ce cas, que cet héritage doit lui en « tenir lieu, et être un propre de communauté de la femme « par subrogation. »[3]

Cette opinion est soutenue encore, sous le droit nouveau, par divers jurisconsultes : rien de plus exprès ni de plus significatif, dit M. Troplong, que la présence de la femme, et sa signature à un acte où le mari déclare qu'il achète

[1] Cassation, 6 janvier 1858, Sirey, 58, I, 273, et Dalloz, 58, I, 39.
[2] Douai, 9 mars 1847, Sirey, 49, II, 20, et Dalloz, 49, II, 51.
[3] *Traité de la communauté*, n° 200.

un immeuble pour lui tenir lieu de remploi ; la présence de la femme resterait sans explication si ce n'était pour consentir au remploi. « Jamais, conclut le savant auteur, « la vérité ne m'a paru plus évidente. »[1]

Nous croyons qu'il est plus conforme au texte de l'article 1435, et aux principes de la matière, de dire que la présence de la femme à l'acte ne suffit pas pour emporter de sa part acceptation du remploi. « La déclaration du « mari ne suffit point, dit l'article 1435, si ce remploi n'a « été *formellement accepté* par la femme » : le texte exige donc une acceptation formelle, explicite, et la présence de la femme à l'acte n'offre pas ce caractère.

Les principes conduisent à la même solution : la femme est sous la puissance de son mari, celui-ci a peut-être exigé sa présence à l'acte d'acquisition, mais, une fois là, elle s'est bien gardée d'accepter le remploi, espérant ainsi sauvegarder ses intérêts et en même temps obéir, dans une certaine mesure, à la volonté de son mari. La loi a voulu, avec raison, quelque chose de plus pour que la femme devînt propriétaire, l'expression précise de sa volonté.[2]

Mais, s'il faut une déclaration non équivoque de la volonté de la femme, aucune expression sacramentelle n'est requise et nous croyons que la Cour de cassation a très bien formulé ce qu'il faut exiger dans l'acte d'acquisition, pour que le remploi soit valable ; il faut que les termes de l'acte révèlent *avec certitude* la volonté de la femme :

« Attendu que la déclaration du mari que l'acquisition « est faite des deniers provenus des propres de la femme « et pour lui servir de remploi ne suffit point, si ce rem- « ploi n'a été formellement accepté par la femme ;

« Que s'il n'existe point de termes sacramentels pour « exprimer cette intention et cette acceptation de remploi, « il faut au moins qu'elles résultent, *avec certitude, et*

[1] II, n° 1129. — *Sic*, Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 72, p. 305.

[2] Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 43 ; Rodière et Pont, I, n° 669 ; Laurent, XXI, n° 374.

« *sans variation possible dans l'avenir*, des expressions « et des clauses de l'acte. »[1]

497. — Si la femme n'a pas concouru à l'acte d'acquisition, elle est libre d'accepter ou de refuser le remploi qui lui est offert par le mari, et deux questions se présentent alors : jusqu'à quel moment la femme peut-elle accepter le remploi qui lui est offert, et en quelle forme doit-elle l'accepter ?

D'abord, jusqu'à quel moment la femme peut-elle accepter le remploi ? Une première limite a déjà été indiquée par nous : la femme ne peut, dans la théorie que nous avons adoptée, accepter le remploi après la dissolution de la communauté, de quelque manière que la communauté soit dissoute, par la mort de la femme, par la séparation de biens, etc... ;[2] et nous avons ajouté que jusqu'à la dissolution de la communauté la femme ne pouvait être contrainte de prendre parti sur l'acceptation ou le refus du remploi.[3]

De plus, la femme ne peut accepter l'offre de remploi lorsqu'elle a été révoquée par le mari, soit expressément, soit tacitement, du moins dans l'opinion que nous adoptons sur les effets du remploi.

La solution de cette question dépend, en effet, du parti que l'on prend sur une autre question, très controversée : la déclaration de remploi faite par le mari constitue-t-elle de sa part un acte de gestion d'affaires, ou une offre faite par lui à la femme ? Pour nous, qui pensons que c'est là une offre, et non un acte de gestion d'affaires,[4] nous en concluons que cette offre, comme toute autre, peut être révoquée par celui qui l'a faite, par le mari. Cette révocation peut avoir lieu soit expressément, soit tacitement, comme si le mari aliénait l'immeuble qu'il a acheté avec

[1] Cassation, 26 juillet 1869, Dalloz, 69, I, 455.
[2] *Suprà*, Tome II, n° 488.
[3] *Suprà*, Tome II, n° 489.
[4] *Infrà*, Tome II, n°s 508 et suivants.

déclaration de remploi ; de même, si le mari, avant l'acceptation de la femme, grevait d'hypothèque l'immeuble acheté en remploi, ou constituait sur cet immeuble une servitude, la femme ne pourrait prendre ensuite l'immeuble qu'en respectant l'hypothèque et la servitude, consenties par le mari.[1]

498. — Quant à la forme de l'acceptation, la loi n'exige point qu'elle soit faite par acte authentique,[2] et le dissentiment de M. Duranton[3] nous paraît difficile à expliquer, en présence du texte de l'article 1435, qui n'exige qu'une chose, l'acceptation formelle du remploi par la femme ; et il est de principe que la solennité des actes n'est requise, dans le droit français, que si un texte formel l'exige.

Sans doute, l'acceptation du remploi par acte authentique vaut beaucoup mieux, et nous sommes les premiers à la conseiller, au point de vue de la sécurité que ce mode d'acceptation présente pour les époux ; en effet, si ce remploi est accepté par acte sous seing, l'acte qui contient l'acceptation peut être perdu ou soustrait, et avec lui disparaît la preuve de l'acceptation de la femme. Mais cet inconvénient, si grave qu'il soit, ne nous permet pas d'ajouter aux conditions de la loi : les époux prudents feront une acceptation notariée, mais, si une acceptation sous seing privé est produite, nous tenons pour certain qu'elle est valable.

Il n'y a qu'une hypothèse où la constatation par acte authentique de l'origine des deniers serait nécessaire, pour assurer à la femme la propriété de l'immeuble acheté en remploi ; c'est l'hypothèse prévue par l'article 558 du Code de commerce, au terme duquel la femme ne reprend des immeubles acquis en remploi que si « la déclaration d'em-

[1] Troplong, II, nos 1136 ; Rodière et Pont, I, n° 665 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 75, p. 306. — *Contrà*, Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, nos 97-102 ; Flandin, *De la transcription*, nos 299 et suiv.

[2] Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 46 ; Troplong, II, n° 1131 ; Rodière et Pont, I, n° 671.

[3] XIV, n° 394.

« ploi est expressément stipulée au contrat d'acquisition, « et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire « ou par tout autre acte authentique. »

499. — Quelles énonciations doit contenir l'acte d'acceptation ? Il suffit, sur ce point, de nous référer aux explications que nous avons fournies à propos du remploi accepté *in continenti* par la femme :[1] lorsque l'article 1435 dit que le remploi doit être « formellement accepté », cela veut dire que les termes de l'acte d'acceptation doivent être clairs, précis, et exprimer d'une manière non équivoque la volonté de la femme d'accepter le remploi. Mais aucune expression sacramentelle n'est exigée, du moment où cette volonté apparaît à la lecture de l'acte.

La femme n'a pas besoin d'être autorisée par son mari pour faire cet acte d'acceptation : en effet, en achetant l'immeuble avec déclaration qu'il devait servir de remploi à la femme, le mari l'a par là même autorisée à accepter ce remploi qu'il lui offrait.[2]

500. — 2. *Des règles spéciales au remploi conventionnel.* — Souvent on stipule dans les contrats de mariage que, si les immeubles des époux ou de l'un d'eux viennent à être vendus, le prix à provenir de l'aliénation doit être employé en achat d'autres immeubles ; cette clause fréquente, surtout en ce qui concerne les biens de la femme, a été introduite dans les contrats de mariage, dans notre ancien droit, pour remédier à l'absence de remploi légal, et même à l'absence de droit à une reprise pour l'époux dont le propre avait été aliéné.[3]

Mais quelle est maintenant la portée de cette clause, alors que les immeubles achetés en remploi sont propres, et que dans tous les cas, s'il n'y a pas eu de remploi, l'époux vendeur a une reprise à exercer contre la communauté à concurrence de prix de son immeuble aliéné ?

[1] *Suprà,* Tome II, n° 496.
[2] Duranton, XIV, n° 395 ; Rodière et Pont, I, n° 672.
[3] *Suprà,* Tome II, n° 469.

Une théorie soutient que l'effet de cette clause est de rendre inutile toute acceptation du remploi par la femme ; en effet, dit-on, la clause de remploi constitue le mari mandataire de la femme, et le charge à ce titre de placer en immeubles le prix des immeubles qu'elle aura aliénés. Il est inutile qu'elle accepte le remploi, car elle a accepté par avance le remploi qu'il plairait au mari de choisir, en lui conférant dans le contrat de mariage le mandat d'effectuer ce remploi ; elle n'a donc ni à accepter ni à refuser, l'immeuble acheté en remploi est le sien à dater du jour de l'acquisition.[1]

L'opinion contraire nous paraît préférable ; en imposant au mari l'obligation de faire le remploi de ses immeubles, la femme n'a pas abandonné le droit qui lui appartient de ne pas devenir propriétaire malgré elle. Si le mari fait une acquisition désavantageuse, la femme doit pouvoir la répudier, et nous croyons que la clause de remploi doit s'interpréter de la façon suivante : s'il n'y avait dans le contrat de mariage aucune stipulation de ce genre, le mari serait libre de faire ou de ne pas faire le remploi ; avec la clause de remploi le mari est obligé de le faire, et nous verrons tout à l'heure quelles sont les conséquences de l'inexécution de cette obligation.

Mais la situation de la femme reste la même, au point de vue de l'acceptation, et, une fois le remploi effectué par le mari, elle est libre d'accepter ou de refuser l'acquisition qu'il a faite dans ce but, suivant les principes du droit commun.[2]

501. — La différence essentielle qui sépare le remploi légal du remploi conventionnel, c'est donc que le remploi légal des biens de la femme est toujours facultatif pour le mari, tandis que le remploi légal peut être obligatoire pour lui.

[1] Paris, 13 juin 1838, Dalloz, RÉPERT., V° *Contrat de mariage*, n° 1425. — Merlin, RÉPERT., V° *Dot*, § 10 ; Toullier, XIV, n° 152.

[2] Duranton, XV, n° 430 ; Rodière et Pont, I, n° 689 ; Troplong, II, n° 440 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 83, p. 308 ; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 41.

Nous disons « peut être obligatoire » ; il ne suffit pas, en effet, pour que le remploi soit obligatoire pour le mari, que l'on ait déclaré dans le contrat de mariage « qu'il sera « fait remploi des immeubles de la femme qui seraient « aliénés au cours du mariage ». Il est probable, et dans tous les cas on doit présumer, dans le doute, que les parties, en insérant cette clause, n'ont eu d'autre but que de rappeler les dispositions des articles 1434-1435, d'après lesquels l'époux reprend comme propres les immeubles achetés en remploi de ses biens aliénés, ou devient créancier sur la communauté du prix de ces biens.[1]

Il faut donc, pour que le remploi conventionnel soit obligatoire pour le mari, que la clause de remploi ne laisse aucun doute sur la volonté des parties de rendre ce remploi obligatoire.

C'est ce qui arrivera si le contrat de mariage fixe le délai dans lequel le remploi devra être effectué, s'il est dit, par exemple, que le remploi sera fait dans l'année qui suivra l'aliénation de l'immeuble propre ; il y a dans cette clause autre chose que le rappel des dispositions légales, c'est un ordre donné au mari d'effectuer le remploi.[2]

Il en sera de même si le contrat de mariage porte que les premières acquisitions immobilières faites par le mari serviront de remploi aux propres de la femme : là encore, il y a l'expression d'une volonté précise qu'il y ait remploi, puisque l'on désigne les immeubles qui devront en tenir lieu.

Enfin, il faudrait encore décider que le remploi est obligatoire, bien qu'il n'y ait pas de délai imparti pour le réaliser, si la clause indiquait nettement la volonté des futurs époux d'obliger au remploi. Dans le doute, on doit présu-

[1] Cassation, 1er février 1848, Sirey, 48, I, 149, et Dalloz, 51, V, 165 ; Cassation, 20 décembre 1852, Sirey, 53, I, 151. — Rodière et Pont, I, n° 695 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 79, p. 307 ; Laurent, XXI, n° 384.

[2] Rodière et Pont, I, n° 695 ; Aubry et Rau, V, § 307, texte et note 80, p. 307 ; Laurent, XXI, n° 385.

mer que les parties ont entendu s'en référer aux dispositions du Code, et laisser au remploi le caractère facultatif que lui donnent les articles 1434 et 1435 ; mais la clause peut être impérative, et du moment où sa rédaction, quelle qu'elle soit, ne laisse aucun doute, cela suffit, le remploi devient obligatoire.

502. — Si le contrat de mariage porte que les premières acquisitions immobilières faites par le mari serviront de remploi à la femme, quelle est la portée de cette clause ?

Un premier point nous paraît certain : c'est que l'acte d'acquisition doit contenir une déclaration de remploi, pour que le remploi soit valable au respect des tiers. Sans doute, entre les parties, cette déclaration est inutile, et son absence n'empêcherait pas la femme de réclamer l'immeuble comme propre à la dissolution de la commnnauté, puisque le contrat de mariage lui-même renferme une déclaration précise de remploi pour les premières acquisitions immobilières faites par le mari : mais, à l'égard des tiers, ils ne peuvent être prévenus que l'immeuble acheté constitue un remploi que par une déclaration contenue dans l'acte d'acquisition ; et, à défaut de cette déclaration, ils seraient fondés à soutenir que l'immeuble est, à leur respect, un acquêt de communauté.[1]

Mais l'acceptation de la femme est-elle nécessaire pour que le remploi soit valable ? Non, répond un premier système : l'article 1435 n'exige l'acceptation de la femme que parce qu'il suppose que le mari n'a été que son gérant d'affaires, et alors elle doit ratifier ce qu'il a fait pour elle ; mais ici le mari est un mandataire, investi du pouvoir de constituer comme propres les premiers immeubles qu'il achètera après la vente des biens de la femme. La femme n'a donc pas à accepter un remploi qu'elle a

[1] Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 83, p. 308-309. — *Voir*, comme analogie, Bourges, 1er février 1831, Sirey, 31, II, 253.

accepté par avance, en constituant le mari mandataire à l'effet d'acheter pour elle.[1]

Nous croyons, au contraire, que l'acceptation de la femme est nécessaire : c'est la règle posée par l'article 1435 pour tout remploi, et la clause du contrat de mariage dont nous étudions la portée ne nous paraît pas y déroger. Cette clause transforme en obligation la faculté qui appartient au mari de faire le remploi des biens de sa femme, et les premières acquisitions immobilières qu'il fera après la vente seront, qu'il le veuille ou non, des propres de la femme. Mais la femme n'a point abdiqué le droit qui lui appartient d'examiner la valeur des immeubles achetés en remploi, et de les refuser si bon lui semble.[2]

Toutefois nous admettons, avec MM. Aubry et Rau, que la femme n'a pas alors besoin d'accepter le remploi avant la dissolution de la communauté, et qu'elle peut se borner à déclarer qu'elle prend l'immeuble pour elle, lors de la liquidation de la communauté. La clause du contrat ne lie pas la femme d'une façon définitive, dans l'opinion que nous venons d'adopter : mais cette clause n'est pas dépourvue d'effet, elle lie le mari, elle l'empêche de révoquer l'offre de remploi, et par suite elle permet à la femme d'accepter malgré la dissolution de la communauté, qui ne révoque pas la proposition de remploi, pas plus que ne le ferait la volonté formelle du mari.

503. — Lorsque le remploi est rendu obligatoire pour le mari par le contrat de mariage, quelle est l'étendue de son obligation ? La femme a-t-elle une action pour contraindre le mari à effectuer le remploi pendant le mariage ?

Lorsque le contrat de mariage porte que le remploi doit être fait par le mari dans un délai déterminé, on reconnaît généralement que la femme a une action pour l'y contrain-

[1] Duranton, XV, n° 430 ; Troplong, II, n° 1138 ; Laurent, n° 391.
[2] Rodière et Pont, I, n° 689 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 85, p. 308-309.

dre. Cette convention n'a rien d'illicite, puisqu'elle n'a d'autre but que de sauvegarder les intérêts de la femme sans nuire ni aux intérêts de la communauté, ni à ceux du mari ; et, si elle est valable, elle doit être sanctionnée par une action, comme toute convention valable dans notre droit civil.

On a objecté, il est vrai, contre cette solution, que la femme ne saurait troubler l'administration du mari par des réclamations qui seraient un sujet de scandale. Si la femme craint, dit-on, que le mari ne fasse pas le remploi prescrit par le contrat de mariage, qu'elle ne consente pas à la vente de ses biens propres : mais, si elle y consent, qu'elle ne vienne pas ensuite provoquer « une rupture et « un éclat aussi contraires à la morale et à la décence qu'au « bien de la famille. »[1]

L'objection est loin d'être convaincante : la séparation de biens est beaucoup plus scandaleuse que l'action en remploi, et cependant la loi n'a pas hésité à la permettre à la femme, lorsque la dot de celle-ci est en péril. A plus forte raison devons-nous autoriser la femme à exercer l'action en remploi, qui est loin de présenter un caractère aussi agressif contre le mari : d'ailleurs cette action nous paraît être la conséquence nécessaire de la validité reconnue de la clause en elle-même ; elle ne serait pas valable, si la femme était dans l'impossibilité de contraindre le mari à l'exécuter.[2]

504. — La question est beaucoup plus délicate, si le contrat de mariage déclare le remploi des biens de la femme obligatoire pour le mari, sans indiquer dans quel délai ce remploi doit être effectué.

D'après M. Laurent,[3] le mari n'a pas droit, même dans ce cas, d'attendre jusqu'à la dissolution de la communauté pour faire le remploi : si une occasion se présente, au

[1] Troplong, II, n° 1073-1074.
[2] Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* IV ; Laurent, XXI, n° 386.
[3] XXI, n° 386.

cours du mariage, pour faire un remploi avantageux, c'est là le terme tacitement convenu par les parties, et la femme pourra agir en justice contre son mari pour le contraindre à effectuer le remploi.

La question est difficile, nous le reconnaissons : cependant nous croyons plus juridique de décider que le mari peut attendre jusqu'à la dissolution de la communauté pour faire le remploi. Aux termes de l'article 1176, lorsqu'il n'y a point de temps fixé, la condition peut toujours être accomplie ; et le mari est en droit d'invoquer ce texte, et de répondre à la demande de la femme qu'aucun délai ne lui ayant été imposé, il a le droit de faire le remploi tant que dure la communauté.[1]

505. — Si le contrat de mariage fixe un délai pour effectuer le remploi, et que le mari n'ait pas fait le remploi dans le délai indiqué, il n'y a pas de déchéance pour lui, et il pourra toujours le faire, tant que dure la communauté : à défaut d'une clause formelle du contrat de mariage interdisant le remploi après l'expiration du délai indiqué, ce délai doit être considéré comme purement comminatoire, et le mari est toujours libre d'accomplir son obligation.[2]

Lorsque la communauté est dissoute, le mari peut-il encore faire le remploi qu'il n'a pas fait auparavant ? Nous pensons, avec M. Laurent, que le mari n'a plus ce droit.[3] L'obligation de faire le remploi, que le contrat de mariage lui impose, ne lui est imposée qu'en sa qualité de chef de la communauté et d'administrateur des propres de la femme : cette double qualité disparaît à la dissolution de

[1] Caen, 27 mai 1840, Dalloz. RÉPERT. ALPHAB., V° *Contrat de mariage*, n° 1447 ; Caen, 26 (ou 21) février 1845, Sirey, 45, II, 553, et Dalloz, 45, II, 81. — Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* IV.

[2] Nîmes, 9 août 1842, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Contrat de mariage*, n° 4046. — Rodière et Pont, I, n° 690. — *Voir*, comme analogie, Bourges, 6 août 1834, Sirey, 34, II, 531 ; Rouen, 21 juin 1845, Sirey, 46, II, 334, et Dalloz, 49, II, 39.

[3] XXI, n° 386.

la communauté, de quelque manière qu'elle ait lieu, et avec la communauté doit disparaître la possibilité de faire le remploi. Après la dissolution de la communauté, les reprises des époux se règlent par voie de prélèvement, conformément aux articles 1470 et suivants, et non par voie de remploi.

Par le même motif, lorsque la femme n'a pas contraint le mari à faire le remploi pendant la durée de la communauté, elle ne peut l'y contraindre après sa dissolution : vis-à-vis d'elle comme vis-à-vis du mari, c'est la dissolution de la communauté qui rend désormais tout remploi impossible, et ne laisse plus à l'époux vendeur que le droit d'exercer la reprise de ses propres aliénés.[1]

506. — La stipulation, dans le contrat de mariage, que le remploi des biens de la femme est obligatoire, n'a, en général, d'effet qu'entre les parties, à l'égard du mari ou de ses héritiers ; mais elle n'a point d'effet contre les tiers. Sous le régime de la communauté, les biens de la femme sont de libre disposition, et l'acquéreur de ces biens en devient propriétaire définitif du jour de la vente qui lui en est faite : la clause de remploi n'est qu'une précaution prise contre le mari, et elle ne peut être invoquée par la femme ou ses héritiers que contre le mari, point contre l'acquéreur, qui est à l'abri de toute éviction pour défaut de remploi.[2]

Pour qu'il en fût autrement, et pour que la clause de remploi fût obligatoire pour les tiers acquéreurs, il faudrait dans le contrat de mariage une clause formelle, imposant à l'acquéreur l'obligation de surveiller le remploi. La validité de cette clause, sous le régime de la communauté, nous paraît certaine, et elle est démontrée de la

[1] Angers, 18 mars 1868, Dalloz, 68, I, 92. — Laurent, XXI, n° 386.

[2] Cassation, 1er mars 1859, Sirey, 59, I, 402, et Dalloz, 59, I, 122. — Rodière et Pont, I, n° 696 ; Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* V ; Laurent, XXI, n° 387.

manière la plus juridique dans un arrêt de la Cour de cassation dont voici les termes :

« Attendu que, d'après l'article 1387 du Code Napoléon, « la loi ne régit l'association conjugale, qu'à défaut de « conventions spéciales que les époux peuvent faire comme « ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas con- « traires aux lois ou aux bonnes mœurs ; que, d'après « l'article 1497, les époux peuvent modifier la communauté « légale par toute espèce de conventions non contraires « aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390 ;

« Qu'ainsi rien ne s'oppose à ce que, en adoptant le « régime de la communauté, les époux introduisent quel- « ques-unes des garanties propres au régime dotal, comme, « réciproquement, en adoptant le régime dotal, ils peu- « vent en modifier les effets ordinaires, et y introduire « quelques-uns des principes propres au régime de la « communauté ;

« Attendu que si, en général, dans le régime de la com- « munauté, la femme conserve, sous l'autorité du mari ou « de justice, la libre disposition de ses biens, et si, en « conséquence, la clause de remploi des biens propres « n'engendre pas, de plein droit, pour les tiers, l'obligation « de surveiller le remploi, il doit en être autrement lorsque « cette obligation de surveiller le remploi leur est impo- « sée par une clause expresse et spéciale du contrat de « mariage ;

« Que, d'une part, une telle clause n'a rien de contraire « aux lois et aux mœurs, puisque l'obligation qu'elle im- « pose est de droit sous le régime dotal ; que, d'une autre « part, les tiers ne sauraient s'en plaindre, puisqu'en « achetant les biens de la femme, ils ont eu connaissance « de son contrat de mariage, et accepté ainsi tacitement « l'obligation de surveiller le remploi ;

« Attendu, d'ailleurs, que cette clause ne rend pas les « biens de la femme dotaux et inaliénables, mais subor- « donne seulement la réception du prix à une condition

« que la prudence a pu rendre désirable dans l'intérêt de « la famille. »[1]

Rappelons d'ailleurs que la clause de remploi, même obligatoire pour les tiers, n'imprime pas à l'immeuble le caractère de dotalité, et que notamment cet immeuble pourra être saisi par les créanciers de la femme.[2]

507. — Les futurs époux peuvent insérer dans le contrat de mariage une clause *d'emploi* des valeurs mobilières : cette clause, valable au même titre que la clause de remploi des valeurs mobilières, fera l'objet de notre examen lorsque nous étudierons les articles 1500-1503, avec la section II de la deuxième partie : *De la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie.*

508. — 3. *Des effets du remploi.* — A partir de quel moment l'immeuble acquis en remploi devient-il la propriété de la femme ? Est-ce seulement à partir du jour de son acceptation, ou bien cette acceptation produit-elle un effet rétroactif, de telle manière que l'immeuble serait réputé la propriété de la femme depuis le jour de l'acquisition en remploi ?

Cette question, très controversée, domine toute la matière des effets du remploi.

Un parti important soutient que l'acceptation du remploi par la femme produit un effet rétroactif, non seulement entre les époux, mais au respect des tiers, de telle manière que la femme prend l'immeuble sans avoir à respecter ni l'hypothèque que le mari aurait établie sur l'immeuble, ni même l'aliénation qu'il en aurait consentie.

On invoque, en ce sens, la tradition historique :

« Si la femme, disait Pothier, ratifie et consent cette décla-

[1] Cassation, 19 juillet 1865, Sirey, 65, I, 372, et Dalloz, 65, I, 431. — *Sic* Cassation, 8 juin 1858, Sirey, 58, I, 417, et Dalloz, 58, I, 233 ; Limoges, 11 décembre 1863, Sirey, 65, II, 77, et Dalloz, 64, II, 217. — Rodière et Pont, I, n° 700 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 13, p. 344 ; Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* VI ; Laurent, XXI, n° 389.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 90, et les autorités qui y sont citées.

« ration, les ratifications ayant un effet rétroactif suivant la « règle du droit : *ratihabitio mandato comparatur* (L. 152, « n° 2, D., 50, 17) : l'héritage sera censé avoir été, *dès l'ins-* « *tant de son acquisition*, acquis pour tenir lieu du remploi « de sa femme, et avoir toujours été en conséquence pro- « pre de communauté de la femme par subrogation. »[1]

M. Labbé ajoute que cette rétroactivité est conforme aux principes de la gestion d'affaires, principes qui sont, dit-il, applicables aux rapports du mari et de la femme. Le mari a géré l'affaire de la femme en achetant pour elle un immeuble en remploi : le mari n'a plus ensuite le pouvoir de s'approprier l'immeuble qu'il a acheté pour elle, ou d'en disposer au profit d'étrangers ; il doit attendre que la femme accepte le remploi et qu'elle ratifie ainsi ce que son mari a fait pour elle, et les principes généraux de la gestion d'affaires exigent que cette ratification remonte au jour du contrat.[2]

M. Laurent arrive à la même conclusion par des motifs différents. Pour lui, le mari n'agit pas comme gérant d'affaires : « Dans la réalité des choses, dit-il, le mari n'est « pas un gérant d'affaires, il est administrateur en vertu « de la loi, et cette loi n'est autre chose que le contrat de « mariage tacite que les époux ont consenti en se mariant « sous le régime de la communauté légale ; c'est comme « administrateur, donc comme mandataire, que le mari « agit, et, en achetant un immeuble avec les deniers pro- « venus de l'aliénation d'un propre de la femme, le mari « ne dépasse pas, en principe, les limites de son mandat « légal. Mais la loi déroge au mandat qu'elle donne au « mari, en ce sens qu'elle ne permet pas au mari de faire « un remploi pour la femme sans le consentement de celle- « ci. Pothier a donc raison de dire que l'acceptation de

[1] *Traité de la communauté*, n° 200.

[2] Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n°s 98-99; Colmet de Santerre, n°s 79 *bis* XIII-79 *bis* XVI; de Folleville, I, n°s 237-242.

« la femme est une ratification de ce que le mari a fait sans « pouvoir suffisant. »[1]

Voici les principales conséquences pratiques de ce système : la femme ayant toujours été propriétaire de l'immeuble acheté en remploi, sous la condition de ratifier l'acquisition faite par son mari, celui-ci ne peut plus révoquer la proposition de remploi contenue dans l'acte, ni directement, ni indirectement, en aliénant ou en hypothéquant l'immeuble acquis en remploi. Dès lors les hypothèques légales ou judiciaires du chef du mari ne grèveront pas l'immeuble, au moment où la femme en devient propriétaire par son acceptation ; et l'aliénation qu'il aurait faite, l'hypothèque conventionnelle qu'il aurait consentie tomberont.

509. — Nous croyons qu'il est plus conforme aux principes du remploi de dire que la femme devra respecter les aliénations et les hypothèques consenties par le mari avant son acceptation, et que, jusqu'à cette acceptation, le mari peut révoquer l'offre contenue dans l'acte d'acquisition.

Nous reconnaissons que, dans notre ancien droit, la théorie de la rétroactivité de l'acceptation de la femme était accréditée : mais la théorie contraire paraît bien avoir prévalu, lors de la discussion des articles 1434 et 1435, discussion qui nous semble tout à fait décisive.

Au cours d'un débat engagé sur le point de savoir si le remploi peut être accepté après la dissolution de la communauté, M. Tronchet déclare que dans tous les cas la femme ne pourrait accepter « qu'à la condition que l'im- « meuble existera encore en nature dans la communauté « et n'aura pas été hypothéqué ; car il est *conquêt de com- « munauté*, tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas « donné la qualité de propre. » Puis le consul Cambacérès et M. Treilhard disent « que l'article doit être ainsi en- « tendu. »[2]

[1] XXI, n° 371.
[2] Fenet, XIII, p. 563.

La portée de l'article 1435 nous paraît bien précisée par ces observations : lorsque l'acceptation de la femme n'a pas lieu dans l'acte d'acquisition, l'immeuble est conquêt de communauté jusqu'à l'acceptation ; et les rédacteurs du code se sont en cela séparés de la théorie de l'ancien droit.

La solution nouvelle nous paraît meilleure : il y a, sous le régime de la communauté, deux catégories de biens, les acquêts et les propres ; la théorie de la rétroactivité en ferait une troisième catégorie, très dangereuse pour les tiers, les immeubles achetés en remploi par le mari seul, immeubles qui ne seraient pas encore des propres, mais sur lesquels le mari n'aurait pas le droit de disposition qu'il a sur les acquêts.

Au contraire, dans la théorie que nous adoptons, la situation des deux époux n'offre aucune équivoque ou respect des tiers : le mari fait une offre à la femme dans l'acte d'acquisition, offre qu'elle est libre d'accepter ou de refuser ; mais, en attendant qu'elle l'ait acceptée, le mari, qui pouvait ne pas faire l'offre, est libre de la rétracter, soit directement, soit indirectement, par l'aliénation de l'immeuble ou par la constitution d'hypothèques sur cet immeuble, aliénation ou hypothèques que la femme devra respecter.

Toutefois, tant que le mari n'a pas révoqué, directement ou indirectement, l'offre qu'il a faite en déclarant qu'il achetait l'immeuble pour servir de remploi à la femme, cette offre tient état et produit un effet : elle empêche les hypothèques légales ou judiciaires du chef du mari de grever l'immeuble par lui acheté. Le remploi est une opération *sui generis*, que l'article 1435 autorise le mari et la femme à faire en deux actes séparés ; et cette autorisation serait inefficace si, dans l'intervalle, les créanciers à hypothèque générale du mari acquéraient un droit sur l'immeuble.

C'est ainsi encore que la femme ne sera pas obligée de faire transcrire son acceptation, et que le remploi ne don-

nera pas lieu à deux droits de mutation, l'un pour la mutation de l'immeuble du vendeur primitif à la communauté, et l'autre pour la mutation de la communauté à la femme. Il n'y a qu'une seule mutation, du vendeur primitif à la femme, mais elle est soumise à une double condition : la première, que la femme accepte ce remploi, et la seconde, que le mari n'ait pas révoqué son offre avant l'acceptation.

Il est donc vrai de dire, dans une certaine mesure, que l'acceptation de la femme a un effet rétroactif : cela est vrai si le mari n'a pas révoqué l'offre de remploi, car alors on peut dire que la femme a toujours été propriétaire, du jour de l'acte d'acquisition. Mais cette rétroactivité ne peut avoir lieu au préjudice des tiers auxquels le mari a conféré des droits, car alors l'offre est révoquée.

Ce système donne, comme on le voit, au remploi un caractère à part : l'immeuble acheté en remploi doit être traité comme un conquêt au point de vue des pouvoirs du mari, qui peut l'aliéner et l'hypothéquer comme un conquêt ordinaire ; mais, si le mari n'a pas usé de son droit de révocation et que la femme accepte, son acceptation a un effet rétroactif non seulement entre le mari et la femme, mais encore au point de vue des créanciers à hypothèque générale du mari, et au point de vue fiscal.

Il n'y a rien de contraire aux principes dans cette rétroactivité limitée, qui s'explique très bien par le mécanisme même du remploi : puisque le mari est obligé de déclarer dans l'acte d'acquisition que l'immeuble est acheté pour le compte de la femme, il est légitime que l'acceptation de la femme remonte au jour de cette déclaration, si, dans l'intervalle, l'offre du mari n'a pas été révoquée.[1]

510. — Nous venons d'indiquer les effets du remploi, lorsque la femme accepte l'immeuble qui lui est offert à ce titre. Nous avons dit déjà que cette acceptation devait avoir lieu avant la dissolution de la communauté.[2]

[1] Troplong, II, n° 1135 ; Rodière et Pont, I, n°s 665 et 674 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 77, p. 306-307.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 488.

Si la femme n'accepte pas, l'immeuble sera un conquêt de communauté, conformément à la règle générale de l'article 1401, 3°.

Ces principes sont applicables à l'emploi de valeurs mobilières propres à la femme, ainsi que nous l'avons vu.[1]

511. — L'article 1595, 2°, autorise le mari à céder à sa femme, même non séparée, des immeubles en remploi de ses immeubles aliénés, ou en emploi des deniers à elle propres.

Cette cession produit les effets du remploi, en ce sens qu'à partir du moment où la cession est acceptée par la femme, l'immeuble lui est propre au même titre qu'un immeuble acheté en remploi.

Mais il y a, entre les deux opérations, une différence notable : le remploi, dans la théorie que nous avons adoptée, remonte par ses effets au jour de l'acquisition faite par le mari, dans l'hypothèse où le mari n'a concédé aucun droit sur la chose achetée en remploi ; au contraire, la cession de l'article 1595, 2°, ne produit d'effets que du jour où la femme l'accepte, car c'est une véritable dation en paiement par le mari à la femme.

Jusqu'à cette acceptation, l'immeuble a été un immeuble propre du mari ; les hypothèques légales ou judiciaires qui frappent ses biens frapperont l'immeuble par lui cédé ; la femme devra faire transcrire son acceptation, et payer un droit de mutation sur la cession qui lui est faite par son mari.

512. — Nous avons supposé, jusqu'à présent, que l'immeuble cédé en remploi était d'une valeur égale à la somme à remployer : mais que décider si l'immeuble donné en remploi est d'une valeur supérieure à la somme à remployer ?

Cette question doit à notre avis, se résoudre par les mêmes principes que celle que nous avons examinée à

[1] *Suprà*, Tome II, n° 476.

propos de l'échange, lorsque l'immeuble donné en échange par la communauté est d'un prix plus élevé que l'immeuble abandonné par l'époux.[1]

Si la différence de valeur est peu importante, l'immeuble sera propre pour le tout, sauf récompense.

Si elle est d'une certaine importance, mais que néanmoins le caractère de remploi prédomine dans l'acte, l'immeuble sera encore propre pour le tout.

Mais si, au contraire, la valeur à remployer était notablement inférieure au prix de l'immeuble donné en remploi, de telle manière que l'on eût voulu constituer un propre aux dépens des deniers de la communauté, nous croyons que l'opération tout entière devrait être considérée comme non avenue, et l'immeuble serait un conquêt de communauté.

Cette opinion se sépare, nous le reconnaissons, de la théorie accréditée, d'après laquelle l'immeuble devrait être propre à concurrence de la somme à remployer, et conquêt pour le surplus ;[2] mais nous croyons devoir persister ici dans la théorie que nous avons adoptée à propos de l'échange.

Le remploi constitue une exception à la règle de l'article 1401, 3°, d'après laquelle les immeubles achetés pendant le mariage sont des conquêts de communauté ; et il ne suffit pas d'attacher à un acte l'étiquette de remploi pour que l'opération soit un remploi, alors que, pour la majeure partie, l'immeuble est payé avec des deniers de communauté. D'un autre côté la loi, défavorable à l'indivision entre l'un des époux et la communauté, comme nous le verrons en étudiant l'article 1408, ne prévoit pas, dans l'article 1435, et n'a pas admis, selon nous, la possibilité

[1] *Suprà*, Tome II, n° 466.

[2] Cassation, 20 juin 1821, Sirey, C. N., VI, I, 456. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 108 ; Troplong, II, n° 1151; Rodière et Pont, I, n° 684; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 86, p. 309; Laurent, XXI, n° 381. — *En sens contraire*, Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis* XIX, d'après lequel l'immeuble serait propre pour le tout, sauf récompense.

d'une indivision entre l'époux et la communauté. L'immeuble, dans son entier, est propre, ou il est conquêt, et, à ce point de vue, la théorie de M. Colmet de Santerre, d'après lequel l'immeuble est propre dans tous les cas, nous semble plus logique que la théorie que nous combattons.

Mais, dans l'hypothèse que nous examinons, nous croyons qu'il n'y a pas de remploi du tout, mais bien une tentative illégale pour constituer un propre à l'un des époux avec des deniers de communauté.

513. — *e. Immeubles dont l'un des époux était co-propriétaire par indivis.* — L'article 1408, qui apporte l'exception dont nous allons nous occuper à la règle que les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage sont des conquêts, prévoit deux hypothèses distinctes.

Le texte suppose, d'abord, que l'un ou l'autre des époux, le mari ou la femme, était propriétaire par indivis d'un immeuble, qui est acheté pendant le mariage : cet immeuble sera propre, aux termes de l'article 1408, alinéa 1.

L'article 1408, alinéa 2, prévoit le cas où la femme était propriétaire par indivis d'un immeuble, dont le mari se rend acquéreur : la femme aura l'option, à la dissolution de la communauté, de prendre l'immeuble comme propre ou de l'abandonner à la communauté. On appelle *retrait d'indivision* la faculté, accordée à la femme, de reprendre ainsi l'immeuble sur lequel elle avait des droits indivis.

Nous étudierons d'abord l'hypothèse générale, prévue par l'article 1408, alinéa 1, celle où l'un des époux était propriétaire par indivis d'un immeuble ; puis le droit d'option accordé à la femme.

514. — *Première hypothèse. — Immeubles dont la propriété indivise appartenait soit au mari, soit à la femme.* — « L'acquisition, dit l'article 1408, alinéa 1, faite « pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, « de portion d'un immeuble dont l'un des époux était pro- « priétaire par indivis, ne forme point un conquêt ; sauf à

« indemniser la communauté de la somme qu'elle a four-
« nie pour cette acquisition. »

Cette exception à la règle de l'article 1401, 3°, d'après laquelle la communauté se compose de tous les immeubles acquis pendant le mariage, est empruntée à notre ancien droit, et voici comment Pothier en explique l'origine et en indique l'étendue :

« Les héritages et autres immeubles d'une succession,
« échus à quelqu'un par le partage qu'il en a fait avec ses
« cohéritiers, lui sont propres entièrement et non pas seu-
« lement pour la part héréditaire qu'il avait avant le par-
« tage. Quand même ils excéderaient le montant de sa
« part héréditaire, et seraient chargés en conséquence
« d'un retour en deniers, ils seraient entièrement propres,
« et non pas seulement jusqu'à concurrence de sa part hé-
« réditaire. Par conséquent, suivant notre règle, ils doivent
« aussi être entièrement propres de communauté, quand
« même le partage aurait été fait durant le mariage, sauf
« seulement la récompense que le conjoint héritier doit de
« la somme qu'il en a tirée pour payer le retour dont son
« lot était chargé.

« Cette maxime est tirée de notre jurisprudence fran-
« çaise sur la nature des partages.

« .....Ces principes sur la nature des partages ont été
« étendus aux licitations... Ces licitations entre cohéritiers
« ayant le même objet et la même fin que les partages des
« successions, qui est de faire cesser la communauté et
« l'indivision des biens de la succession. elles sont regar-
« dées comme des actes qui tiennent lieu de partage, et
« qui sont de la même nature que les partages. »[1]

515. — Le projet de l'article 1408, tel qu'il avait été présenté par la section de législation, se bornait à reproduire la règle de l'ancien droit : « L'immeuble acquis *par*
« *licitation sur une succession* échue à l'un des époux, et

[1] *Traité de la communauté*, n°s 140 et 145.

« dont ce dernier était propriétaire par indivis, ne forme « point un conquêt. »[1]

Mais le Tribunat proposa d'élargir la règle de l'ancien droit, et de décider que toute acquisition d'un immeuble indivis avec l'un des époux formerait un propre, quelle que fût l'origine de l'indivision ou la forme de l'indivision : « La section a pensé que la disposition de cet article ne « devait pas seulement avoir lieu lorsqu'il s'agirait d'ac- « quisition sur licitation d'un objet provenant de succes- « sion à l'un des époux, mais bien encore lorsqu'il serait « question d'immeubles indivis, à quelque titre que l'un « des époux y eût une portion, comme si cette portion ou « plusieurs portions même provenaient d'acquisitions fai- « tes avant le mariage. Il y a même raison. »[2]

La rédaction définitive de l'article 1408 consacre la théorie du Tribunat : « L'acquisition faite pendant le mariage, « à titre de licitation *ou autrement*, de portion d'un im- « meuble dont l'un des époux était propriétaire par indi- « vis, ne forme point un conquêt... »

516. — L'historique de la rédaction de l'article 1408, alinéa 1, étant ainsi expliqué, nous croyons qu'on peut donner de ce texte les motifs suivants.

Si l'acquisition, faite pendant le mariage, de portion d'immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, fait sortir d'indivision cet époux et les autres copropriétaires, la disposition de l'article 1408 peut s'expliquer par l'effet déclaratif du partage, par la règle de l'article 883. Nous disons « peut s'expliquer », car d'éminents jurisconsultes enseignent que la règle de l'effet déclaratif du partage n'a point une portée absolue, et que notamment elle est étrangère aux rapports de l'époux copropriétaire avec son conjoint.[3]

[1] Fenet, XIII, p. 495.
[2] Fenet, XIII, p. 607.
[3] Aubry et Rau, V, § 310, texte et note 80, p. 310 ; Colmet de Santerre, VI, n° 36 *bis* II-36 *bis* IV.

Nous maintenons cependant cette explication de l'article 1408, par le double motif suivant : en premier lieu, c'était l'explication qu'en donnait Pothier ; en second lieu, cette explication a été formellement reproduite par Tronchet, lors de la discussion de l'article 1408 : « Cette disposition, « dit-il, est fondée sur le principe général, admis en ma- « tière de succession, que tout ce qui est recueilli à titre « d'hérédité est propre, et que tout corps héréditaire adju- « gé à l'un des héritiers est censé avoir passé dans sa main « pour la totalité à ce titre... »[1]

Mais nous reconnaissons que ce motif est insuffisant pour expliquer notre texte : il résulte en effet de sa rédaction, expliquée par les observations du Tribunat, que l'immeuble acheté sera un propre toutes les fois « qu'il « sera question d'immeuble indivis ; » et nous en déduirons cette conséquence que l'article est applicable dans une hypothèse où la règle de l'article 883 fait complètement défaut, celle où l'acquisition faite pendant le mariage ne ferait pas sortir l'époux et ses copropriétaires d'indivision.[2]

On doit donc donner comme motif de l'article 1408 la défaveur qui s'attache à l'état d'indivision : « Cet état, « disent avec raison MM. Aubry et Rau, entraîne avec lui « de graves inconvénients, et il serait contraire à l'intérêt « public d'attacher à des actes qui, de leur nature, doivent « avoir pour résultat de le faire cesser ou du moins de le « simplifier, l'effet opposé de le perpétuer ou de le com- « pliquer. »[3]

517. — Une condition nous paraît à la fois nécessaire et suffisante pour l'application de l'article 1408, 1° : c'est que l'un des époux ait des droits de propriété indivis sur l'immeuble acheté, lorsque l'acquisition en est faite ; si, à ce moment, il y avait eu partage entre l'époux et les

[1] Fenet, XIII, p. 558-559.
[2] *Infrà*, Tome II, n° 521.
[3] V, § 507, texte et note 90, p. 310.

autres copropriétaires de l'immeuble, la portion achetée ne deviendrait pas propre, mais conquêt ; cette hypothèse est en effet en dehors du texte et des motifs de l'article 1408.

Il importerait peu qu'en fait l'immeuble partagé fût resté l'objet d'une jouissance indivise entre l'époux et les autres copropriétaires : ce que l'article 1408, 1°, exige, c'est une « propriété indivise » au moment de l'acquisition, et la circonstance que l'immeuble entier est loué par un seul bail, et même aménagé en vue d'une jouissance unique ne peut influer sur le sort de l'acquisition ; on appliquera la règle de l'article 1401, 3°, et non l'exception de l'article 1408, 1, qui doit être limitée dans les termes du texte qui l'édicte.[1]

518. — L'immeuble acheté échapperait encore à l'application de l'article 1408, 1, si, au moment de l'acquisition, cet immeuble était divisé, bien que postérieurement et au cours du mariage il eût été matériellement réuni à un immeuble propre de l'un des époux : c'est, par exemple, une maison voisine de celle de l'un des époux, et on a supprimé des cloisons, établi des ouvertures, de telle sorte qu'elle ne fait qu'un avec l'immeuble propre de l'époux ;[2] ou c'est un champ dont les haies ont été abattues et les fossés comblés, et qui se confond désormais avec l'immeuble propre de l'un des époux, qui l'entourait ou qui y était contigu.

Dans ces divers cas, il n'y a pas propriété indivise avec l'époux au moment de l'acquisition de l'immeuble, et cela suffit pour écarter l'application de l'article 1408, 1° ; nous ajoutons qu'il n'y a même pas eu propriété indivise au cours du mariage, mais une indivision matérielle, un aménagement de fait que l'on peut toujours faire disparaître à la dissolution du mariage, au moyen de travaux plus ou moins coûteux.

[1] Douai, 20 mars 1828, Sirey, C. N., IX, II, 52. — Rodière et Pont, I, n° 608 ; Laurent, XXI, n° 325.

[2] Paris, 24 janvier 1866, Sirey, 66, II, 282.

519. — On s'est demandé si l'article 1408, 1°, devait être appliqué, lorsque la communauté acquiert l'usufruit d'un immeuble dont l'un des époux était nu propriétaire.

Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Il n'y a aucune indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier : l'usufruit est une servitude personnelle, qui grève les biens du nu propriétaire pendant la vie de l'usufruitier, et, à la mort de celui-ci, l'usufruit se réunira à la nue propriété dans les mains de l'époux. Ainsi, en droit, il n'y a pas propriété indivise ; et, en fait, les inconvénients de cette situation ne sont pas les mêmes que ceux d'une indivision de propriété.[1]

520. — Du moment où l'un des époux a des droits indivis de propriété sur l'immeuble acheté, l'immeuble sera propre, quelle que soit la quotité de ces droits indivis, l'époux ne fût-il propriétaire que d'un huitième ou d'un dixième de l'immeuble.

Il est vrai que, lors des travaux préparatoires, les rédacteurs du Code ont raisonné dans l'hypothèse où les droits indivis de propriété de l'époux étaient de la moitié : « L'un « des époux, dit notamment le tribun Siméon, avait en « propre *la moitié* dans un immeuble qu'il possédait par « indivis avec un tiers. »[2] Mais, comme le font remarquer avec raison MM. Rodière et Pont, c'était là une hypothèse créée dans un pur intérêt de discussion, et non l'expression d'une règle.

Nous ajoutons que cette solution, qui nous paraît évidente, l'est surtout pour ceux qui, comme nous, voient le plus souvent dans l'article 1408, 1, une application de l'article 883, et de l'effet déclaratif du partage : cet effet s'attache à la qualité de copropriétaire par indivis, et non à la quotité des droits de copropriété.

521. — Nous disons que l'existence de droits indivis

[1] De Folleville, I, n°s 188-188 *bis*.
[2] Fenet, XIII, p. 813.

de propriété au profit de l'un des époux, dans l'immeuble acheté, est une condition nécessaire, mais suffisante, pour l'application de l'article 1408, 1°: cette formule tranche une question controversée, la question de savoir si l'article 1408, 1°, est applicable aux acquisitions qui ne font pas cesser complètement l'indivision entre l'époux et les autres copropriétaires.

L'immeuble appartient, par exemple, à quatre propriétaires, au nombre desquels se trouve l'époux : pendant le mariage, la communauté acquiert la part de deux d'entre eux, de sorte que l'indivision continue entre l'époux et le quatrième copropriétaire ; l'acquisition de ces deux parts forme-t-elle un propre ou un conquêt ?

Dans le système que nous adoptons, ces parts d'immeubles sont propres à l'époux : voici les motifs qui nous conduisent à cette solution,

C'est, d'abord, le texte de l'article 1408 : « l'acquisition... « *de portion d'un immeuble* dont l'un des époux était pro- « priétaire par indivis ne forme point un conquêt. » Le texte n'exige donc qu'une chose pour que l'immeuble acheté soit propre : c'est qu'il s'agisse d'une portion d'immeuble dans laquelle l'un des époux avait des droits de propriété indivis.

Les observations du Tribunat, que nous avons déjà citées,[1] viennent corroborer l'interprétation extensive que nous donnons à l'article 1408, 1° : l'article doit être applicable, disait la section, « lorsqu'il serait question d'immeu- « ble indivis. »

L'indivision entre l'époux et la communauté, substituée à l'indivision entre l'époux et un tiers, voilà ce que l'article 1408, 1°, a pour but d'éviter ; il n'y a donc pas à examiner si l'acquisition fait sortir complètement l'époux d'indivision, ce qui serait nécessaire si l'article 1408, 1°, n'était que la conséquence de l'article 883, mais si l'acquisition va

[1] *Suprà*, Tome II, n° 516.

mettre l'époux en état d'indivision avec la communauté, ce qui est suffisant pour appliquer l'article 1408, 1°.[1]

L'opinion contraire, qui compte d'assez nombreux partisans, repose tout entière sur ce motif que l'article 1408, 1°, n'est que le développement du principe du partage déclaratif, et que ce n'est qu'au cas d'acquisition totale de l'immeuble que doit fléchir la règle, d'après laquelle les immeubles achetés pendant le mariage sont conquêts de communauté.

Ni le texte général de l'article 1408, 1°, ni l'extension que les rédacteurs du Code ont voulu donner à la règle de l'ancien droit ne nous paraissent compatibles avec cette interprétation, et nous croyons qu'il faut appliquer notre texte aussi bien à l'acquisition partielle qu'à l'acquisition totale de l'immeuble indivis.

522. — Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la question qui précède, on s'accorde à reconnaître que les portions d'immeuble indivis achetées pendant la communauté seront propres à l'époux, si, finalement et par le résultat d'acquisitions successives, la totalité de l'immeuble indivis est acquise à l'époux pendant la communauté.[2]

Cette solution est facile à justifier dans notre système : chacune des acquisitions successives constituait l'acquisition d'une portion d'immeuble indivis avec l'époux, elle est devenue propre à l'époux au moment où elle a été achetée, par l'application littérale de l'article 1408.

[1] Amiens, 22 juin 1848, Sirey, 48, II, 673, et Dalloz, 49, II, 31 ; Bourges, 20 août 1855, Sirey, 57, II, 265; Orléans, 13 août 1856, Sirey, 56, II, 646, et Dalloz, 57, II, 7; Pau, 6 juin 1860, Sirey, 61, II, 181, et Dalloz, 60, II, 198; Cassation, 30 janvier 1865, Sirey, 65, I, 140, et Dalloz, 65, I, 190; Cassation, 2 décembre 1867, Sirey, 68, I, 161, et Dalloz, 67, I, 469. — Marcadé, V, article 1408, I; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 94, p. 311-312; Laurent, XXI, n° 329.

[2] Paris, 3 décembre 1836, Sirey, 37, II, 92; Douai, 13 janvier 1852, Sirey, 52, II, 213, et Dalloz, 52, II, 195. — Duranton, XIV, n°s 196-197; Troplong, I, n° 661; Rodière et Pont, I, n°s 609-610; de Folleville, I, n° 185.

[3] Cassation, 30 janvier 1850, Sirey, 50, I, 279, et Dalloz, 50, I, 171.

Dans l'opinion que nous venons de combattre, voici à l'aide de quel raisonnement, un peu subtil à notre avis, on arrive à la même solution : chacune des acquisitions partielles de portion de l'immeuble indivis présente, au point de vue de sa qualité de propre ou de conquêt, un caractère conditionnel ; elle constitue un propre, sous la condition que l'on achètera, pendant la communauté, les autres portions de l'immeuble. En attendant, la situation juridique de la portion ou des portions acquises est provisoire, subordonnée aux acquisitions qui pourront être faites ultérieurement ; mais, du jour où la totalité de l'immeuble indivis sera acquise, elle sera propre à l'époux.[1]

528. — Tout immeuble acquis pendant le mariage, et dans lequel l'un des époux avait des droits indivis, constitue un propre, quel que soit le mode d'acquisition auquel l'on ait eu recours.

Nous avons signalé, à ce point de vue, combien la règle de l'article 1408, 1°, différait de la règle de notre ancien droit qui en forme la première origine ; dans notre ancien droit, en effet, il n'y avait de propres que les immeubles indivis acquis à l'un des époux à titre de partage, et même on avait discuté la question de savoir si les immeubles indivis acquis à titre de licitation devaient être propres ; la négative avait été soutenue notamment par Renusson,[2] mais l'affirmative avait fini par triompher.[3]

La rédaction primitive de l'article 1408 se bornait à reproduire la règle de l'ancien droit : « L'immeuble acquis « *par licitation*... ne forme point un conquêt. » Mais nous avons dit comment cette rédaction a été modifiée sur la demande du Tribunat,[4] et les expressions de notre article, « l'acquisition faite... *à titre de licitation ou autrement* », embrassent maintenant toutes les formes par lesquelles l'immeuble indivis peut être acquis.

[1] Rodière et Pont, I, n° 611 ; de Folleville, I, n° 185 *bis*.
[2] *Traité des propres*, Chapitre I, section V, n°s 11 et suiv.
[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n°s 106 et suiv. et 145.
[4] *Suprà*, Tome II, n° 515.

Ainsi il faudra considérer comme propre l'immeuble indivis acquis, avant le partage de la succession, des cohéritiers de l'époux propriétaire par indivis, au moyen d'une vente, d'une transaction ou d'une cession.[1]

C'est ainsi encore que l'on devra considérer comme propre, à notre avis, l'immeuble indivis acheté sur une saisie pratiquée contre l'époux et les autres copropriétaires indivis. Quelques auteurs en ont douté, par le motif, disent-ils, que l'adjudication sur expropriation forcée constitue pour le communiste qui devient adjudicataire un titre nouveau d'acquisition, portant sur la totalité de l'immeuble exproprié : on n'est donc plus dans l'hypothèse prévue par l'article 1408, 1, l'hypothèse de la réunion des parts des copropriétaires à la part que l'époux possède déjà à titre de communiste.[2]

Ce raisonnement nous paraît inexact : la vente sur saisie est une vente forcée, mais c'est une vente, dans laquelle la partie saisie conserve la qualité de venderesse, et de ce principe découlent d'importantes conséquences en matière de garantie. S'il en est ainsi, l'acquisition sur saisie est une acquisition comme une autre, dans laquelle l'époux réunit à la part qu'il possédait déjà la part des autres communistes ; l'article 1408, 1, est donc applicable.[3]

524. — Du moment où l'immeuble acheté est un immeuble indivis, l'article 1408, 1, est applicable, quelle que soit la personne au nom de laquelle l'acquisition ait été faite : qu'elle soit faite par l'époux copropriétaire seul ou par les deux époux conjointement, l'immeuble est propre, car l'intervention de l'époux non propriétaire, du mari

[1] Paris, 2 juin 1817, Sirey, C. N., V, II, 285. — Bellot des Minières, I, p. 219.

[2] Conseil d'Etat, 2 février 1812, Sirey, C. N., IV, II, 32. — Rodière et Pont, I, n° 616.

[3] Amiens, 3 mars 1815, Sirey, C. N., V, I, 219. — Troplong, I, n° 662; Rodière et Pont, I, n° 615 ; Aubry et Rau (qui ont abandonné l'opinion contraire, par eux émise dans les deux premières éditions de leur *Cours de droit civil*), V, § 507, texte et note 93, p. 311 ; Colmet de Santerre, VI, n° 36 *bis* I ; Laurent, XXI, n° 328.

par exemple, doit s'expliquer à raison du droit de jouissance que la communauté va acquérir sur l'immeuble acheté ; mais on ne peut voir dans cette intervention de l'autre époux une dérogation à la règle de l'article 1408, 1.[1]

Bien plus, nous croyons que l'immeuble devrait encore être propre, même si l'on avait déclaré, dans l'acte auquel les deux époux figurent, que l'immeuble est acheté « tant « pour le mari que pour la femme. » En effet, les époux qui ont adopté le régime de la communauté légale ne peuvent le modifier pendant le mariage, et ce serait le modifier que de déroger à la règle de l'article 1408, 1, d'après laquelle l'immeuble indivis ne forme point un conquêt.[2]

Nous pouvons donc dire que l'immeuble indivis, acquis pendant le mariage, constitue un propre au profit de l'époux qui en était copropriétaire, quel que soit le mode d'acquisition, et quelles que soient les stipulations de l'acte d'acquisition.

525. — L'immeuble acquis pendant le mariage est propre, par cela seul qu'au moment de l'acquisition l'un des époux en était copropriétaire par indivis ; et l'on n'a pas à rechercher s'il a acquis son droit de copropriété avant le mariage ou seulement pendant le mariage : il suffit que l'acquisition de ce droit soit antérieure à celle de l'immeuble.

On a, il est vrai, essayé de soutenir que l'article 1408, 1, n'était applicable que dans l'hypothèse où le droit de copropriété de l'époux était antérieur au mariage :[3] mais cette opinion, contraire au texte de l'article 1408, 1, qui ne fait pas de distinction suivant que le droit de l'époux copropriétaire est antérieur ou postérieur au mariage, con-

[1] Colmar, 20 janvier 1831, Sirey, 32, II, 355; Caen, 25 février 1837, Sirey, 38, II, 154; Lyon, 20 juillet 1843, Sirey, 44, II, 319; Amiens, 3 juin 1847 et 22 juin 1848, Sirey, 48, II, 673 et 675, et Dalloz, 49, II, 31; Pau, 27 juillet 1885, Sirey, 87, II, 84, et Dalloz, 86, II, 186.— Duranton, XIV, n° 205; Marcadé, V, article 1408, I; Troplong, I, n° 664; Rodière et Pont, I, n° 598; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 96, p. 312.

[2] Troplong, I, n° 665; Rodière et Pont, I, n° 599.

[3] Toullier, XII, n° 159.

traire au but de notre article, qui n'a pas voulu d'indivision entre l'un des époux et la communauté, a été, et avec raison, généralement repoussée.[1]

526. — Faut-il appliquer la règle de l'article 1408, 1, à l'hypothèse où l'acquisition porte, non pas sur un immeuble ou des immeubles déterminés, mais sur des parts indivises dans une succession en partie mobilière, en partie immobilière ?

La question est très controversée. L'opinion qui nous paraît préférable enseigne que l'article 1408, 1, est applicable, et voici comment elle raisonne. Le but de l'article 1408, qui est d'éviter l'indivision entre l'un des époux et la communauté, ne permet pas de faire de distinction, suivant que l'acquisition porte sur un immeuble déterminé ou sur une part héréditaire dans laquelle se trouvent compris des immeubles indivis : dans les deux cas les inconvénients sont les mêmes, et le principe de l'article 1408, 1, doit être appliqué. On ajoute que du moment où il y a des immeubles dans la succession, le texte même de l'article 1408 est applicable, car on est en présence d'une « acquisition d'immeuble », et il importe peu, à ce point de vue, qu'il y ait des meubles achetés avec l'immeuble ou les immeubles héréditaires.

L'opinion contraire, tout en reconnaissant que les motifs de l'article 1408 devraient conduire à appliquer ce texte à l'hypothèse que nous examinons, invoque avec une grande force l'argument suivant. L'article 1408, 1, constitue une exception au droit commun, à la règle de l'article 1401, 3, d'après laquelle les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté : il faut donc donner à ce texte une interprétation restrictive. Or il paraît difficile de contester qu'il ne vise, dans ses termes, que l'acquisition d'un immeuble déterminé : « L'acquisition... de portion *d'un immeuble...* »

[1] Duranton, XIV, n° 199; Troplong, I, n° 659; Rodière et Pont, I, n°s 604-606; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 92, p. 311; Laurent, XXI, n° 327.

La question que nous examinons se présente aussi dans l'hypothèse prévue par le second alinéa de l'article 1408, celle où le mari s'est rendu acquéreur en son nom personnel d'un immeuble appartenant par indivis à la femme ; et l'argument de texte est, dit-on, le même dans le deuxième alinéa que dans le premier : « Dans le cas où le mari... de« viendrait acquéreur... de portion ou de la totalité *d'un* « *immeuble* appartenant par indivis à la femme, celle-ci a « le choix ou d'abandonner *l'effet* à la communauté... » D'où cette théorie conclut que, sans avoir à rechercher ce que le législateur aurait pu faire, il faut constater qu'il a limité l'exception à une hypothèse unique, l'achat d'un immeuble déterminé ; et il est impossible d'étendre cette disposition.[1]

Quelque grave que ce soit cette argumentation, elle ne nous paraît pas décisive, par le motif suivant : le mot « immeuble » est pris, dans les deux alinéas de l'article 1408, non pas dans le sens de corps certain et pour l'opposer à une universalité comprenant des meubles et des immeubles, mais pour l'opposer au mot « meubles ». Cette interprétation nous paraît la seule qui puisse concilier le texte de l'article 1408 avec la pensée du législateur, car il est impossible de donner une seule bonne raison pour justifier la distinction que nous combattons : n'est-il pas évident en effet que les dangers de l'indivision sont les mêmes, que l'immeuble indivis ait été acheté isolément, ou qu'il ait été acheté en bloc avec des meubles ?

Nous concluons donc que l'article 1408, 1 et 2, est applicable à l'acquisition de droits dans une succession indivise avec l'un des époux, et comprenant des meubles et des immeubles ; sauf à faire une ventilation pour déterminer la récompense qui sera due à la communauté.[2]

[1] Cassation, 25 juillet 1844, Sirey, 44, I, 614 ; Riom, 9 mars 1846, Sirey, 46, II, 257, et Dalloz, 46, II, 121. — Rodière et Pont, I, n° 625 ; Laurent, XXI, n° 381.

[2] Amiens, 3 juin 1847, et 22 juin 1848, Sirey, 48, II, 673, et Dal-

527. — Observons, en terminant nos explications sur cette première disposition de l'article 1408, que l'époux qui devient propriétaire des portions indivises achetées par la communauté doit indemniser la communauté des sommes qu'elle a déboursées pour faire cette acquisition. C'est ce que décide l'article 1408, 1, *in fine*, et ce n'est là, d'ailleurs, qu'une application du principe plus général des récompenses : il est dû récompense à la communauté toutes les fois qu'elle a déboursé une somme dans l'intérêt personnel de l'un des époux.

528. — *Deuxième hypothèse. — Droit d'option accordé à la femme, lorsque le mari a acheté en son nom personnel un immeuble appartenant par indivis à la femme.* — « Dans le cas où le mari, dit l'article 1408, 2, « deviendrait, « seul et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire « de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant « par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de « la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la « communauté, laquelle devient alors débitrice envers la « femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, « ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la commu- « nauté le prix de l'acquisition. »

L'article 1408, 2, ne s'occupe pas, comme l'article 1408, 1, d'une indivision existant avec l'un ou l'autre des deux époux : ce 2e alinéa n'est écrit qu'en faveur de la femme. Ce texte suppose que le mari a acheté, en son nom personnel, une portion ou la totalité d'un immeuble indivis avec la femme ; et il accorde à celle-ci une option en apparence exorbitante, le droit de prendre l'acquisition pour elle, ou, si elle le préfère, d'abandonner à la communauté la part dont elle était propriétaire au moment de l'acquisition.

loz, 49, II, 31; Bourges, 20 août 1855, Sirey, 57, II, 263; Pau, 6 juin 1860, Sirey, 61, II, 131, et Dalloz, 60, II, 198; Montpellier, 5 avril 1870, Sirey, 70, II, 238, et Dalloz, 70, II, 226; Caen, 11 juillet 1885, *Recueil des arrêts de Caen*, 86, p. 47. — Troplong, I, n° 610; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 95, p. 312.

Cette disposition remonte au droit romain : la loi 78, § 4, *de jure dotium* (ff., XXIII, III) suppose que le mari de la femme dotale s'est rendu adjudicataire, sur l'action *communi dividundo*, de la totalité d'un immeuble indivis avec elle, et qu'elle avait apporté en dot pour la part dont elle était propriétaire : à la dissolution du mariage, l'immeuble tout entier sera dotal, sauf indemnité par la femme au mari du montant du prix qu'il a payé. Ce caractère dotal s'imprimera à l'immeuble entier, que les époux le veuillent ou non : « *Nec audiri debet alteruter eam æquitatem recu-* « *sans : aut mulier in suscipiendâ parte alterâ quoque, aut* « *vir in restituendâ.* »

En passant dans les pays de droit écrit, et de là dans les pays de coutume, la règle de la loi 78, § 4, se transformera : au lieu de l'obligation à elle imposée par le droit romain de prendre pour elle l'acquisition faite par le mari, la femme dotale, dans les provinces de droit écrit, la femme commune en biens, dans les provinces coutumières, eut la faculté de prendre ou de répudier l'immeuble licité. Cette modification de la doctrine romaine avait été combattue par Lebrun : « La femme, disait-il, sera obligée, lors de la dis- « solution de la communauté, de prendre le total de l'héri- « tage, en rendant le mi-denier des parties acquises. La rai- « son est qu'elle a dû être portée dans la licitation, qui, « quoique provoquée par son mari et elle, est toujours ré- « putée nécessaire, à cause des incommodités de l'indivis. « D'ailleurs, elle possédait une fois une portion indivise, « susceptible par conséquent de cet accroissement forcé, « qui arrive par l'événement d'une licitation. »

Mais l'opinion contraire avait prévalu,[1] et avec raison, car elle reposait sur un motif impérieux d'équité : l'acquisition de l'immeuble indivis a pu être faite par le mari à un prix très élevé, qui serait ruineux pour la femme, et il

[1] *Traité de la communauté*, livre II, Chap. V, Distinct. III, n° 12.
[2] Bourjon, DROIT COMMUN DE LA FRANCE, *De la communauté*, Part. II, Chap. X, Sect. II, n° 11 et suiv.

serait injuste de lui imposer un marché dont elle ne veut pas, et qu'elle n'a jamais accepté.

L'option accordée à la femme concilie très bien les deux intérêts en présence ; le mari ne peut se plaindre si l'immeuble lui reste ou reste à la communauté, car, en l'achetant en son nom personnel, il devait s'attendre à cette éventualité, et, dans tous les cas, il ne devait pas le payer un prix trop élevé ; quant à la femme, rien ne peut être plus favorable pour elle que l'option qui lui est accordée, et qui lui permet de prendre le marché s'il est bon, de le répudier s'il est mauvais.

529. — Lors de la discussion de l'article 1408, M. Tronchet n'eut pas de peine à justifier la disposition de l'alinéa 2e, disposition qui fut admise sans difficulté : « On a « pensé, dit-il, que le mari ne doit pas avoir la faculté d'ac- « quérir pour sa femme malgré elle. Si, par exemple, la « succession à laquelle elle est appelée se compose presque « en entier d'une maison de plaisance qui soit plus onéreuse qu'utile, et que la femme refuse de s'en charger, il « ne faut pas que le mari puisse lui imposer un fardeau « qu'elle a sagement repoussé. »[1]

Voici donc quels sont les motifs sur lesquels repose le 2e alinéa de l'article 1408 : comme l'alinéa 1er, il est fondé d'abord sur les inconvénients de l'état d'indivision, et c'est pour cela que le législateur déroge à la règle d'après laquelle les immeubles acquêts sont communs. Mais la nécessité de protéger la femme contre une acquisition du mari maladroite, ou peut être même inspirée par le désir de nuire à sa femme, a fait transformer en faculté pour celle-ci la disposition impérative de l'alinéa 1er.

Ajoutons que cette protection donnée à la femme s'explique, sous le régime de la communauté, par un motif spécial : la situation subordonnée de la femme, sous ce régime, l'étendue des pouvoirs donnés au mari, chef de la

[1] Fenet, XIII, p. 559.

communauté et administrateur des propres de la femme, justifient les privilèges, exorbitants en apparence, que la loi lui a donnés : ils sont la contre-partie des droits du mari, et l'option de l'article 1408, 2, est un de ces privilèges.[1]

On appelle *retrait d'indivision*, l'exercice par la femme du droit qui lui appartient de reprendre, de *retrayer* l'immeuble indivis acheté par le mari : c'est avec le retrait successoral (article 841) et le retrait de droits litigieux (article 1699), ce qui a survécu dans notre législation moderne des retraits, si nombreux dans notre ancien droit.

530. — Nous étudierons, sur le droit d'option accordé à la femme par l'article 1408, 2, les trois points suivants :

I. — *Dans quel cas le droit d'option est-il accordé à la femme.*

II. — *A quel moment doit-elle l'exercer, et en quelle forme.*

III. — *Quels sont les effets du droit d'option de la femme.*

531. — I. *Dans quels cas le droit d'option est-il accordé à la femme.* — La première condition exigée par l'article 1408, 2, c'est que le mari se soit rendu acquéreur de l'immeuble indivis « *en son nom personnel.* »

A ce point de vue, l'acquisition peut être faite de cinq manières différentes : elle peut avoir lieu au nom du mari, au nom de la communauté, au nom de la femme, au nom des deux époux, enfin sans indication de la personne pour le compte de laquelle l'acquisition est faite.

532. — Si l'acquisition est faite au nom personnel du mari, pas de difficulté : c'est l'hypothèse même prévue par l'article 1408, 2, et c'est pour ce cas que le législateur a institué l'option donnée à la femme.

533. — Il faut placer sur la même ligne la seconde hy-

[1] Laurent, XXI, n° 333.

pothèse, celle où l'acquisition est faite par le mari au nom de la communauté : en effet, tant que dure la communauté, son patrimoine et celui du mari sont, comme nous le verrons, confondus sous la même administration. D'ailleurs, lorsque l'article 1408, 2, emploie ces expressions, « acqui-« sitions faites par le mari... *en son nom personnel* », il les emploie par opposition aux acquisitions faites au nom de la femme : l'acquisition faite par le mari n'est pas faite au nom de la femme, cela suffit pour que celle-ci puisse exercer l'option de l'article 1408, 2.

534. — Supposons, en troisième lieu, que l'acquisition est faite au nom de la femme : ce mode d'acquisition produira des effets différents, suivant que la femme aura ou non concouru à l'acquisition faite en son nom.

Si le mari a acheté l'immeuble au nom de la femme, en vertu d'un mandat par elle donné à son mari, il n'y a pas lieu à option par la femme : l'immeuble devient immédiatement et définitivement un bien à elle propre. Il y en a deux motifs : le premier, c'est que non-seulement l'article 1408, 2, n'accorde pas à la femme de droit d'option, mais il le lui refuse par *à contrario ;* le second, c'est que la femme ne peut à aucun titre jouir d'une pareille faveur, lorsqu'elle a voulu au moment de l'acquisition que l'immeuble fût le sien : à quel titre pourrait-elle ensuite le répudier ?

On doit encore mettre sur la même ligne que l'acquisition faite par le mari, en vertu d'un mandat de sa femme, l'acquisition qui serait faite par les deux époux conjointement, au nom de la femme, ou par la femme seule, avec l'autorisation de son mari : dans ces divers cas, la condition de l'immeuble est réglée au jour de l'acte, conformément à la volonté de la femme qui a voulu que l'immeuble lui fût propre.[1]

[1] Troplong, I, nos 670-571 ; Rodière et Pont, I, no 629 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 97, p. 313 ; Laurent, XXI, no 338.

535. — Que décider si le mari a acheté l'immeuble au nom de la femme, mais sans mandat de celle-ci, et sans son concours dans l'acte ?

Une opinion enseigne que, même dans ce cas, l'immeuble est propre à la femme, et qu'elle n'aura pas le droit d'option de l'article 1408, 2. Elle se fonde sur le caractère exorbitant de l'option accordée à la femme, qui ne permet pas de l'étendre en dehors du texte, et sur les termes employés par l'article : l'option n'est accordée à la femme que si l'acquisition est faite par le mari « en son nom personnel », on doit donc la lui refuser si le mari a pris soin de faire l'acquisition au nom de la femme. On ajoute « qu'il « serait messéant à la femme de venir nier l'existence d'un « mandat attesté par son mari. »[1]

Cette opinion n'a pas réussi et ne devait pas réussir : il y en a une première raison décisive, c'est que, si l'article 1408, 2, devait être ainsi interprété, la protection qu'il accorde à la femme serait tout à fait illusoire ; il suffirait au mari de déclarer qu'il fait l'acquisition au nom de la femme pour enlever à celle-ci l'option que la loi a voulu lui donner.

Quant à l'objection tirée de ces mots du texte, « acquisition « faite par le mari seul et *en son nom personnel* », il est facile de répondre, avec MM. Aubry et Rau, que le législateur a voulu indiquer par là que, même dans cette hypothèse, la plus favorable au mari qui voudrait conserver l'acquisition par lui faite, la femme aurait le droit d'option : mais cela ne signifie pas que le mari pourra lui imposer une acquisition dont elle ne veut pas, ce qui serait d'ailleurs contraire à la théorie générale des remplois effectués pour le compte de la femme.

Concluons donc que la femme aura le droit d'option de l'article 1408, 2, si l'immeuble a été acheté sans son concours ou son mandat, mais en son nom.[2]

[1] Troplong, I, n° 672.

[2] Cassation, 2 décembre 1867, Sirey, 68, I, 161, et Dalloz, 67, I, 469. — Rodière et Pont, I, n° 627; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 97, p. 313.

536. — Cette conséquence n'est pas acceptée par M. Laurent : il reconnaît bien, comme nous, que le mari ne peut pas imposer à la femme l'acquisition qu'il a faite au nom de celle-ci ; mais il soutient que si la femme accepte l'acquisition faite en son nom, elle n'exerce pas le droit d'option, elle ratifie ce que le mari a fait, et, si elle ne ratifie pas, le contrat d'acquisition est nul, et la communauté n'est point propriétaire de l'immeuble, car le mari n'a pas voulu acquérir pour la communauté.[1]

537. — L'opinion contraire, qui place cette acquisition sous l'empire de l'article 1408, 2, en accordant à la femme l'exercice du droit d'option et en faisant de l'immeuble un conquêt de communauté, si la femme ne le prend pas pour elle, est généralement admise ;[2] et nous croyons que c'est avec raison, par les motifs suivants.

Du moment où le mari achète un immeuble pendant la durée de la communauté, cet immeuble est en général un conquêt, aux termes de l'article 1401, 3° ; et nous ne voyons pas comment on pourrait échapper à cette règle, et déclarer que l'acquisition est nulle, si la femme refuse de prendre l'immeuble. En vain objecte-t-on que le mari n'a pas voulu acheter pour la communauté, puisqu'il a déclaré acheter au nom de sa femme : nous répondrons que le mari a acheté, non pas conditionnellement, mais purement et simplement, et, si la femme ne veut pas de l'immeuble, le mari en demeure acquéreur, et acquéreur pour le compte de la communauté, aux termes de l'article 1401, 3°. Quant à la déclaration faite par le mari dans l'acte qu'il achetait au nom de la femme, nous la comparerons à la déclaration qu'il ferait d'acheter un immeuble pour servir de remploi à sa femme : dans les deux cas, il y a dans l'acte une acquisition pure et simple, entre le mari et le

[1] XXI, n° 339.

[2] *Arrêt précité* de Cassation, 2 décembre 1867. — Rodière et Pont, I, n° 627 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 97, p. 313.

vendeur, puis, entre le mari et la femme, une proposition que celle-ci peut accepter ou refuser.

Si, au contraire, la femme accepte l'acquisition, il n'y a, à notre avis, aucune raison pour ne pas appliquer l'article 1408, 2 : il est vrai que ce texte prévoit le cas où le mari a acheté « en son nom personnel, » mais, ainsi que nous l'avons dit, c'est *à fortiori* qu'il faut appliquer ce texte à notre hypothèse ; le législateur n'a expressément visé l'acquisition faite au nom personnel du mari que pour bien montrer que la femme aura, dans tous les cas, le droit d'option, même si le mari a acheté pour lui, à plus forte raison s'il a acheté pour la femme.

538. — Supposons, en quatrième lieu, que le mari ait déclaré qu'il achetait l'immeuble tant en son nom qu'au nom de sa femme : cette acquisition sera encore régie par l'article 1408, 2, quelle que soit l'interprétation que l'on donne à la clause ainsi libellée. En effet, si on l'interprète en ce sens que le mari n'y figure qu'à raison des droits de jouissance qui lui appartiennent, comme chef de la communauté, sur le patrimoine de sa femme, on se trouve dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, celle où le mari a acheté au nom de sa femme ; et, si on lui donne cette interprétation que le mari a voulu acheter pour partie en son nom personnel, on est dans l'hypothèse prévue par l'article 1408, 2.

539. — On peut prévoir une cinquième et dernière hypothèse, celle où le mari, en faisant l'acquisition, n'a point déclaré au nom de qui il achetait, et s'est borné à se rendre acquéreur d'un immeuble indivis avec la femme.

Dans cette hypothèse encore, nous appliquerons l'article 1408, 2, et nous accorderons à la femme le droit d'option que ce texte lui reconnaît. Notre raisonnement est le même que dans l'hypothèse précédente : quelque interprétation que l'on donne au silence gardé par le mari, qu'on y voie l'intention d'acquérir pour lui ou d'acquérir pour sa femme, dans les deux cas la femme a le droit d'op-

tion de l'article 1408. Mais l'interprétation la plus conforme à la teneur de l'acte, c'est que le mari a voulu acheter en son nom personnel ; et alors l'article 1408, 2, est directement applicable.[1]

En résumé, comme on le voit par les solutions que nous venons d'adopter, l'immeuble indivis avec la femme et acheté pendant la communauté sera propre, s'il a été acheté par la femme ou en vertu du mandat par elle donné ; et, dans toutes les autres hypothèses, quelque soit la formule adoptée par le mari, l'immeuble sera soumis au droit d'option conféré à la femme par l'article 1408, 2.

540. — Le droit d'option accordé à la femme devra s'exercer, quel que soit le mode par lequel l'immeuble a été acquis, adjudication ou acquisition volontaire. Le texte primitif de l'article 1408 n'accordait ce droit à la femme qu'au cas d'acquisition par licitation ; mais le Tribunat fit observer, avec raison, qu'il fallait placer sur la même ligne toute acquisition volontaire, car il y avait parité de raison, et l'article 1408, 2, fut rédigé dans ce sens : « Dans « le cas où le mari deviendrait..... *acquéreur ou adjudi-* « *cataire*..... », ce qui comprend tous les modes d'acquisition.

Mais il faut, pour que la femme puisse exercer l'option, qu'il s'agisse d'une acquisition a *titre onéreux* : c'est ce qui résulte d'abord du texte même de l'article « en rembour- « sant à la communauté le prix de l'acquisition » ; ce qui suppose nécessairement que l'acquisition est à titre onéreux. C'est aussi ce qui résulte des motifs de notre texte : le législateur a voulu protéger la femme contre les résultats d'une spéculation maladroite ou malhonnête du mari, mais il n'a pu vouloir paralyser les effets d'une donation ou d'un legs faits au mari.[2]

[1] Nancy, 9 juin 1854, Dalloz, 55, II, 251 ; Cassation, 24 juillet 1860, Dalloz, 60, I, 456. — Laurent, XXI, n° 340. — *Contrà*, Pothier, *Traité de la communauté*, n° 151.

[2] Glandaz, ENCYCLOP. DU DROIT, v° *Communauté*, n° 123 ; Rodière et Pont, I, n° 626.

541. — Nous avons dit, en étudiant l'article 1408, 1, que la femme a le droit d'option de l'article 1408, 2, lorsque l'acquisition comprend des droits indivis dans une succession à la fois mobilière et immobilière, à laquelle la femme est appelée pour partie, aussi bien que dans le cas où l'acquisition porte sur un immeuble indivis indéterminé; et il nous suffit de nous référer aux explications que nous avons présentées à ce propos.[1]

542. — Que décider dans l'hypothèse où le mari a acheté, en son nom personnel, non pas la totalité de l'immeuble indivis, mais seulement les parties indivises des copropriétaires autres que la femme ?

Il est certain que la femme peut, dans ce cas comme au cas d'acquisition totale de l'immeuble, exercer le retrait des parts achetées : mais si elle ne veut pas exercer le retrait, peut-elle contraindre son mari à prendre sa part, à elle, dans l'immeuble ? Ou bien doit-elle rester propriétaire de cette part, sauf à partager l'immeuble, à la dissolution du mariage, avec les héritiers du mari ?

La question est controversée.

Une opinion soutient que la communauté doit prendre la part de la femme pour la réunir aux parts achetées, en lui tenant compte, pour la valeur de cette part, d'un prix proportionnel à celui payé par le mari pour le surplus. Cette opinion se fonde sur le motif suivant : l'article 1408, 2, place sur la même ligne l'acquisition par le mari de l'immeuble total, et l'acquisition de portions indivises ; et il décide dans les deux cas que si la femme n'exerce pas le retrait, elle doit abandonner l'immeuble à la communauté, qui devient débitrice de la part de la femme dans le prix. On ajoute que cette solution est désirable, car elle met fin immédiatement à l'indivision, et dans des conditions dont la femme ne peut se plaindre : si elle n'exerce pas le retrait, c'est qu'elle trouve que l'acquisition du mari a été

[1] *Suprà*, Tome II, n° 530.

faite à un prix trop élevé, et ce prix doit lui paraître très rémunérateur lorsqu'il va s'agir pour elle de céder sa part.[1]

Nous croyons qu'il faut rejeter cette opinion, et décider que si la femme renonce à prendre pour elle les portions indivises acquises par le mari, elle gardera la part qui lui appartient en propre, sans qu'elle puisse ni contraindre son mari à l'acquérir, ni être forcée de la lui céder.

Nous ferons remarquer, en premier lieu, que les termes de l'article 1408, 2, relatifs à l'abandon de l'immeuble ou à l'exercice du retrait par la femme supposent que la femme n'abandonne que la part achetée par le mari, de même, si elle opte pour le retrait, qu'elle ne retire que ce dont elle n'est pas propriétaire : c'est ce qui résulte de ces mots, *abandonner l'effet, retirer l'immeuble*, qui montrent quelle corrélation existe entre le retrait et l'abandon, et qui excluent tout abandon par la femme d'une chose qu'elle ne pourrait pas retirer, puisqu'elle en est déjà propriétaire.

Le texte de l'article 1408, 2, fournit un autre argument en faveur de notre opinion : la communauté, dit le texte, devient débitrice « de la portion appartenant à la femme « dans le prix », ce qui s'explique très bien si le mari a acheté la part de la femme ; mais s'il ne l'a pas achetée et qu'elle doive être abandonnée par la femme, le texte aurait dû dire à quelles conditions cet abandon serait consenti, par exemple, aux conditions de l'achat fait par le mari des autres portions. Il y aurait là, dans le système que nous combattons, une lacune regrettable du texte, comme le fait très bien remarquer M. Colmet de Santerre.

Enfin il y a, en dehors du texte, une raison décisive pour écarter l'idée de l'abandon par la femme de la part dont elle est restée propriétaire : c'est que cet abandon, cette espèce d'expropriation de la part de la femme ne se justi-

[1] Duranton, XIV, n° 206; Troplong, I, n° 685.

fierait par aucun des motifs qui ont dicté l'article 1408, 2. Ce texte est un texte de protection pour la femme, il est impossible de le retourner contre elle, de manière à lui enlever une portion d'immeuble qu'elle ne veut pas augmenter, mais dont il ne lui convient pas de se voir dépouiller.[1]

542. — La femme peut exercer le droit d'option de l'article 1408, 2, aussi bien, disons-nous, dans le cas d'acquisition volontaire que dans celui d'adjudication sur licitation : mais peut-elle l'exercer dans le cas où le mari s'est rendu acquéreur de l'immeuble indivis sur une poursuite en expropriation forcée, dirigée contre les copropriétaires de l'immeuble ?

Nous avons déjà rencontré la question à propos de l'article 1408, 1, et nous avons pensé, avec la majorité des auteurs, que l'alinéa 1er de notre article était applicable à l'acquisition sur saisie, comme à tout autre mode d'acquisition ;[2] et nous croyons que la même solution doit être adoptée dans l'hypothèse que nous examinons, lorsqu'il s'agit du droit d'option accordé à la femme.

M. Laurent objecte que la femme ne pouvait pas acquérir l'immeuble en qualité de débitrice saisie, puisqu'aux termes de l'article 711 du Code de procédure le saisi ne peut se rendre adjudicataire ; et que la femme ne pouvant pas devenir directement propriétaire de l'immeuble, elle ne peut pas l'acquérir indirectement par la voie du retrait.[3]

L'objection est, à notre avis, plus apparente que réelle : l'article 711 du Code de procédure défend au saisi de se rendre adjudicataire, et la jurisprudence en déduit avec rai-

[1] Rodière et Pont, I, n° 643 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 100, p. 313-314 ; Colmet de Santerre, VI, n° 37 *bis* XIV ; Laurent, XXI, n° 341.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 523.

[3] XXI, n° 340 *bis*. — *Compar.*, Bordeaux, 10 août 1870, Sirey, 71, II, 31, et Dalloz, 71, II, 53.

son cette conséquence que le saisi ne peut pas faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement, par exemple se rendre adjudicataire par personne interposée.[1] Mais ici rien de pareil : ce n'est pas la femme qui acquiert, c'est le mari, et, au respect des tiers, comme nous le dirons plus loin, c'est le mari qui est seul obligé, et qui est seul tenu indirectement du paiement du prix d'acquisition.[2] Le vœu de l'article 711 est donc rempli.

Plus tard, dans les rapports de la femme et du mari acquéreur, la femme peut évincer le mari par l'exercice du retrait : mais c'est là une opération ultérieure, étrangère à la saisie, et qui ne tombe point sous le coup de la prohibition de l'article 711.

D'ailleurs, si l'objection était fondée, elle le serait bien mieux encore dans l'hypothèse de l'article 1408, 1, où l'époux copropriétaire par indivis devient immédiatement propriétaire de l'immeuble exproprié : et cependant M. Laurent lui-même dit que « la question ne lui paraît pas douteuse », et que l'immeuble exproprié doit avoir la qualité de propre.[3]

Nous concluons donc que l'acquisition sur une poursuite en expropriation forcée rentre dans l'esprit des deux alinéas de l'article 1408, comme elle rentre dans la généralité de leurs termes, et que notamment la femme aura dans ce cas le droit d'option.

544. — Il est nécessaire, pour que la femme puisse exercer le droit d'option de l'article 1408, 2, qu'elle ait sur l'immeuble acquis des droits de propriété indivise.

Il suit de là que si elle n'avait sur l'immeuble que des droits de nue propriété, et que le mari eût acheté en son nom personnel l'usufruit de cet immeuble, la femme ne pourrait exercer le retrait de cet usufruit : le motif en est qu'il n'y a pas indivision entre le nu propriétaire et l'usu-

[1] Cassation, 18 février 1846, Dalloz, 46, I, 134.
[2] *Infrà*, Tome II, n° 560.
[3] XXI, n° 328.

fruitier, comme nous l'avons déjà dit à propos de l'article 1408.[1]

De même, si la femme n'avait sur l'immeuble acheté qu'un droit d'usufruit, ou un droit d'usage, même susceptible d'être cantonné,[2] il n'y aurait pas lieu au retrait.

545. — La femme aura-t-elle l'option de l'article 1408, 2, s'il s'agit non plus d'immeubles, mais de meubles indivis, qu'elle s'est réservés comme propres par contrat de mariage? Les explications que nous venons de présenter sur la portée de l'article 1408, 2, indiquent suffisamment que nous croyons ce texte inapplicable aux meubles; nous avons dit en effet que le mot « immeuble » était employé par le législateur dans l'article 1408 à dessein, et en opposition aux meubles, pour lesquels le retrait d'indivision n'est pas fait. Nous ajoutons que cette exclusion n'a rien d'étonnant, eu égard au peu d'importance que les rédacteurs du Code ont attaché aux meubles; et qu'il faut la maintenir d'autant plus rigoureusement que l'article 1408, 2, est un texte d'exception, pour lequel s'impose l'interprétation restrictive.[3]

546. — L'option de l'article 1408, 2, appartient-elle non-seulement à la femme mariée sous le régime de la communauté, mais aussi à la femme mariée sous le régime dotal? La question appartient à l'étude du régime dotal, mais nous croyons utile de l'examiner ici, car la solution ne dépend pas de l'étude des textes du régime dotal, mais de l'étude de l'article 1408.

Une opinion soutient que le droit d'option n'appartient pas à la femme dotale, à moins que les époux n'aient stipulé, accessoirement au régime dotal, une société d'acquêts ou une autre communauté conventionnelle : dans ce dernier cas, comme l'article 1528 décide que la commu-

[1] *Suprà*, Tome II, n° 519.

[2] Montpellier, 9 janvier 1854, Sirey, 54, II, 662, et Dalloz, 55, II, 230. — Rodière et Pont, I, n° 624.

[3] De Folleville, I, n°s 197-197 *bis*.

nauté conventionnelle est régie par les règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'a pas été dérogé par le contrat, l'article 1408, 2, est applicable. comme les autres règles de la communauté légale.

Mais, si les époux ont adopté le régime dotal pur et simple, cette opinion affirme que l'article 1408, 2, n'est pas applicable aux immeubles indivis avec la femme achetés par le mari : ces immeubles ne seront pas propres à la femme, mais resteront indivis entre le mari et la femme.

Cette opinion invoque les termes de l'article 1408, 2, et le caractère exceptionnel de la disposition que ce texte contient. Le texte d'abord : non-seulement l'article 1408 est placé au chapitre II, *Du régime en communauté*, mais tous ses termes supposent qu'il existe entre les époux une communauté, à la dissolution de laquelle la femme exercera l'option, et qui deviendra propriétaire de l'immeuble, ou créancière du prix contre la femme. Puis le caractère exceptionnel du texte, que nous avons nous-même, à diverses reprises, constaté : du moment où il est bien établi, par la place et la teneur du texte, qu'il n'est écrit que pour les époux mariés en communauté, il est impossible de l'étendre au régime dotal, y eût-il le même motif de décider. Enfin on ajoute que la situation n'est pas absolument identique sous les deux régimes, et que la disposition de l'article 1408, 2, était la plus nécessaire sous le régime de la communauté, où la puissance du mari, seigneur et maître de la communauté, est beaucoup plus grande que sous le régime dotal.[1]

L'opinion contraire paraît triompher en doctrine et en jurisprudence, et nous croyons que c'est à bon droit qu'elle triomphe.

Le motif qui nous paraît déterminant est l'origine de la disposition de l'article 1408 : elle est empruntée, comme nous l'avons vu,[2] au droit romain et à la jurisprudence des

[1] Laurent, XXI, n° 334.
[2] *Suprà*, Tome II, n° 532.

pays de droit écrit, d'où elle est passée dans les provinces coutumières. Il serait inadmissible que l'on appliquât ce droit d'option à tous les régimes, excepté à celui pour lequel il a été créé, le régime dotal.

Nous ajoutons que les motifs sur lesquels repose l'article 1408, 2, existent aussi bien sous le régime dotal que sous les régimes en communauté. Le législateur n'a pas voulu que le mari, administrateur de la fortune de la femme, pût acheter pour son propre compte un immeuble indivis avec elle : or les pouvoirs du mari, administrateur de la dot sous le régime dotal, sont de même nature que ceux qui lui appartiennent sur les biens de la femme mariée en communauté, et on doit donner à la femme la même protection.

Il nous reste à répondre à l'argument le plus grave de l'opinion que nous combattons : l'article 1408 est écrit pour le régime en communauté, il n'est point écrit pour le régime dotal. Nous répondrons par l'historique de la rédaction du titre du *Contrat de mariage* : le régime dotal n'avait pas sa place dans le projet de Code,[1] et les dispositions trop laconiques que l'on a consacrées, après coup, à ce régime, doivent être complétées par l'interprétation. Or, lorsqu'on déclare que la femme dotale jouit du droit d'option, on n'étend pas l'article 1408, on interprète les droits de la femme dotale comme ils ont toujours été interprétés, et on comble une lacune du texte du chapitre II, *Du régime dotal*.[2]

[1] *Suprà*, Tome I, n°s 32-38.

[2] Toulouse, 24 janvier 1835, Sirey, 35, II, 383 ; Riom, 10 février 1836, Sirey, 36, II, 186 ; Riom, 20 mai 1839, Sirey, 39, II, 513 ; Limoges, 23 décembre 1840 et 25 février 1841, Sirey, 41, II, 426 ; Riom, 29 mai 1843, Sirey, 44, II, 243 ; Lyon, 20 juillet 1843, Sirey, 44, II, 319 ; Grenoble, 18 août 1854, Sirey, 55, II, 91, et Dalloz, 56, I, 61 ; Cassation, 1er mai 1860, Sirey, 61, I, 785, et Dalloz, 60, I, 511 ; Riom, 15 novembre 1869, Sirey, 70, II, 39, et Dalloz, 69, II, 231 ; Cassation, 17 février 1886, Sirey, 86, I, 161, et *note* de M. Lyon-Caen ; et Dalloz, 86, I, 249 ; Cassation, 26 jan-

547. — Le droit d'option qui appartient à la femme peut-il être exercé par ses héritiers ? L'affirmative nous paraît certaine, par le motif suivant. Le droit que l'article 1408, 2, consacre au profit de la femme est un droit tout pécuniaire, destiné à sauvegarder son patrimoine contre l'administration mauvaise ou mal intentionnée du mari : il doit donc être transmissible aux héritiers, d'après les règles ordinaires sur la transmission des droits du *de cujus* aux héritiers. Aussi cette solution est-elle généralement admise.[1]

548. — Au contraire, la question de savoir si les créanciers de la femme peuvent exercer le droit d'option qui lui appartient est très controversée.

Pour soutenir que l'exercice de ce droit n'appartient pas aux créanciers, voici comment on raisonne. Le droit d'option de l'article 1408, 2, constitue, dit-on, un privilège, une faveur exceptionnelle accordée à la femme à raison de sa situation subordonnée dans le ménage : à ce point de vue, ce droit est donc purement personnel, et les créanciers ne peuvent l'exercer. On ajoute que tel a toujours été le caractère des retraits, du retrait lignager dans l'ancien droit, du retrait successoral sous l'empire de l'article 841. Enfin, on fait remarquer que, par sa nature même, le droit d'option de la femme ne peut être exercé que par elle : elle seule peut juger, d'après ses convenances, ses goûts, son utilité particulière et privée, si tel immeuble doit ou non devenir sa propriété, et on ne comprendrait pas que ses créanciers pussent la forcer à prendre un immeuble

vier 87, *Pandectes Françaises*, 87, I, 105. — Troplong, I, n° 590 ; Rodière et Pont, I, n° 620 ; Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 140, p. 595-596 ; de Folleville, I, n° 591 *bis*. — *Sic*, sous le régime dotal sans société d'acquêts, Pau, 27 juillet 1885, Sirey, 87, II, 84, et Dalloz, 86, II, 186.

[1] Troplong, I, n° 477 ; Rodière et Pont, I, n° 632 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 98, p. 313 ; Laurent, XXI, n° 335 ; Colmet de Santerre, VI, n° 37 *bis* XV.

dont elle ne veut pas, pas plus que le mari n'a le droit de l'y contraindre.[1]

Nous croyons, en ce qui nous concerne, que les créanciers peuvent exercer le droit d'option créé au profit de la femme par l'article 1408.

Ecartons d'abord l'argument que l'on veut tirer du retrait lignager de l'ancien droit, et du retrait successoral de l'article 841 : le retrait lignager avait pour but de conserver les biens dans les familles, le retrait successoral est un moyen d'écarter les étrangers du partage des successions ; et on conçoit que ces droits ne puissent être exercés que par l'héritier lui-même.

Tout autre est le retrait d'indivision, qui n'a d'autre but que de protéger le patrimoine de la femme contre les actes du mari : ce retrait est destiné principalement à assurer la conservation de la fortune de la femme, et nous croyons qu'à ce titre il doit appartenir à ses créanciers, intéressés comme elle à la conservation ou à l'amélioration de son patrimoine.

On objecte que le droit d'option n'a été accordé à la femme qu'à raison de sa situation personnelle, de sa subordination dans le ménage : nous le reconnaissons, mais si tel est le motif pour lequel le droit d'option a été créé, la nature de ce droit une fois établi n'en est pas moins purement pécuniaire, et à ce titre il doit être transmissible aux créanciers.

On objecte encore que les créanciers pourront forcer la femme à acheter un immeuble entier dont elle ne veut pas, ce qui est inadmissible. Nous répondrons, avec MM. Rodière et Pont, que les créanciers n'ont le droit d'agir que si le débiteur n'agit pas ; et que si la femme renonce formellement à acheter l'immeuble, et que sa renonciation ne

[1] Cassation, 14 juillet 1834, Sirey, 34, I, 533; Riom, 10 février 1836, Sirey, 36, II, 186 ; Cassation, 8 mars 1837, Sirey, 37, I, 331. — Troplong, I, n° 677-678; Larombière, *Des obligations*, I, art. 1166, n° 14; Laurent, XVI, n° 428.

soit pas frauduleuse, les créanciers ne pourront exercer le retrait de l'immeuble.

Aussi croyons-nous qu'en accordant aux créanciers le droit d'exercer le retrait d'indivision, on adopte une solution conforme à la nature pécuniaire de ce droit, et sans inconvénients pour la femme.[1]

549. — Il est à peine besoin de dire, tellement cela est évident d'après le texte de l'article 1408, 2, et d'après les motifs de ce texte, que le droit d'option qu'il crée n'appartient qu'à la femme, point au mari : si, pendant la communauté, le mari achète un immeuble indivis dans lequel il a des droits de propriété, cet immeuble devient de suite sa propriété incommutable.[2]

De même, si la femme achetait un immeuble indivis avec le mari, cet immeuble deviendrait immédiatement un conquêt, sans que le mari pût exercer sur lui aucun droit de retrait. Observons seulement, avec MM. Colmet de Santerre[3] et Laurent,[4] que si la femme achetait la part du mari avec les parts des autres copropriétaires, l'acquisition, valable en ce qui concerne la part des autres propriétaires, serait nulle en ce qui touche celle du mari, par application de l'article 1595.

550. — II. *A quel moment la femme doit-elle exercer le droit d'option, et dans quelle forme.* — La question de savoir à quel moment la femme doit exercer le droit d'option de l'article 1408, 2, se présente sous deux aspects : à partir de quel moment peut-elle l'exercer? Peut-elle l'exercer pendant la communauté, ou seulement à partir de sa dissolution ? Puis, cette première question résolue, il en naît une autre : à partir de quelle date, et par quel délai se prescrit ce droit d'option ?

[1] Duranton, XIV, n° 203; Rodière et Pont, I, n° 633; Aubry et Rau, IV, § 343, texte et note 49, p. 129-130; Marcadé, article 1408, VI; Demolombe, XXV, n°s 90-91.

[2] Rodière et Pont, I, n° 631.

[3] VI, n° 37 *bis* XVI.

[4] XXI, n° 337.

La femme peut-elle exercer son droit d'option pendant la communauté, et déclarer, par exemple, au moment où les créanciers du mari poursuivent la vente de l'immeuble indivis acheté par celui-ci, qu'elle le prend pour elle ?

La question est controversée, et une première opinion soutient que, tant que dure la communauté, le droit d'option de la femme demeure en suspens, et qu'elle ne peut ni exercer le retrait d'indivision, ni y renoncer. Cette opinion invoque d'abord les termes de l'article 1408, 2 : « celle-ci, *lors de la dissolution de la commu-* « *nauté*, a le choix, etc..... » Ce n'est donc qu'à la dissolution de la communauté que le texte prévoit l'exercice de l'option de la femme. On ajoute qu'il devait en être ainsi, à moins de rendre illusoire la faculté accordée à la femme : si elle avait pu l'exercer pendant le mariage, elle l'aurait exercée sous l'influence du mari, sans aucune liberté, et son choix aurait été le choix du mari, et non le sien, alors que l'article 1408 a précisément pour but de la protéger contre l'autorité de son mari.[1]

551. — Nous croyons, au contraire, que le droit d'option de la femme peut être exercé par elle pendant la durée de la communauté. Le texte de l'article 1408 ne nous paraît nullement trancher la question : il dit bien que la femme a le choix, à la dissolution de la communauté, de prendre ou de laisser l'immeuble, mais ce n'est là qu'une indication, pour le cas où la femme n'aurait pas pris parti auparavant ; l'article ne dit nullement que la femme *ne pourra* exercer son choix qu'à cette époque.

Or, nous croyons qu'il aurait fallu un texte prohibitif pour que la femme n'eût pas le droit de prendre parti pendant la durée de la communauté. Remarquons, en effet, que la femme aurait pu, certainement, prendre parti et faire de

[1] Cassation, 25 juillet 1844, Sirey, 44, I, 614 ; Nancy, 6 juin 1854, Sirey, 54, II, 585, et Dalloz, 55, II, 146 ; Caen, 11 juillet 1884, *Recueil des arrêts de Caen*, 85, p. 28. — Marcadé, V, art. 1408, IV ; Rodière et Pont, I, n° 634.

l'immeuble un propre au moment où il a été acheté, si elle avait figuré avec son mari à l'acte d'acquisition fait en son nom, ou si elle avait donné à son mari mandat d'acheter pour elle. Nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas prendre le lendemain le parti qu'elle aurait pu prendre la veille. C'est ainsi qu'en matière de remploi, lorsque le mari a fait une acquisition pour tenir lieu de remploi à la femme, celle-ci peut se prononcer immédiatement pour l'acceptation du remploi, ou attendre à la dissolution de la communauté ;[1] et cependant l'article 1435 emploie les mêmes expressions que l'article 1408, « à la dissolution de « la communauté. »

On objecte qu'elle se décidera sous l'influence de son mari, influence contre laquelle l'article 1408, 2, a pour but de la protéger : mais on oublie, il nous semble, qu'on est sous le régime de la communauté, sous un régime de liberté, où la loi permet au mari et à la femme, d'accord, de disposer du patrimoine de celle-ci, même sous l'influence et dans l'intérêt du mari ; et nous croyons qu'il faudrait un texte formel pour défendre à la femme commune en biens, pour laquelle la capacité est la règle, l'exercice pendant le mariage d'un droit qui lui appartient.[2]

Notre conclusion est donc que la femme peut exercer pendant la durée de la communauté le droit d'option qui lui appartient ; ce qui signifie non seulement qu'elle peut exercer le retrait d'indivision, mais encore qu'elle peut renoncer à l'exercer, et attribuer définitivement à l'immeuble la qualité de conquêt :[3] nous dirons bientôt de quels actes cette renonciation peut résulter.[4]

[1] *Suprà*, Tome II, nos 488-489.

[2] Lyon, 20 juillet 1843, Sirey, 44, II, 319. — Flandin, *De la transcription*, I, n° 256; Troplong, I, n° 679; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 101, p. 314-315; Colmet de Santerre, VI, n° 37 *bis* III; Laurent, XXI, n° 342.

[3] Cassation, 26 janvier 1887, Dalloz, 87, I, 275. — Laurent, XXI, n° 345.

[4] *Infrà*, Tome II, n° 554.

Observons toutefois que si, dans notre système, la femme a le droit de prendre parti avant la dissolution de la communauté, ce n'est pour elle qu'une faculté, et nul ne peut la contraindre à prendre parti avant cette époque.[1]

552. — Si la femme n'a pas exercé le retrait d'indivision ou n'y a pas renoncé pendant la durée de la communauté, la loi suppose qu'elle prendra parti à la dissolution. Nous croyons même qu'à ce moment, lorsque se fera la liquidation de la communauté, le mari ou ses héritiers peuvent la contraindre à prendre parti : le motif en est que pour partager la communauté, il faut savoir de quels biens elle se compose, et l'exercice de l'option de la femme peut seule donner la qualité de propre ou d'acquêt à l'immeuble indivis acheté pendant le mariage.[2]

La femme aura trente ans, à partir de la dissolution de la communauté, pour prendre parti sur son droit d'option, si les héritiers du mari ne l'ont pas contrainte à s'expliquer au moment de la dissolution :[3] ce laps de trente ans est, en effet, le droit commun en matière de prescription (article 2262), à moins d'un texte spécial qui en abrège la durée.

553. — Si la femme est mariée sous le régime dotal, l'époque à laquelle elle doit exercer son option ne peut être la dissolution de la communauté, à moins que les époux n'aient stipulé accessoirement au régime dotal une société d'acquêts : dans cette dernière hypothèse, nous croyons qu'il faut appliquer l'article 1408, 2, et dire que l'option devra être exercée à la dissolution de la communauté, puisque, aux termes de l'article 1528, la communauté conventionnelle doit, à moins de dérogation, être gouvernée par les

[1] Riom, 29 mai 1843, Sirey, 44, II, 243.

[2] Troplong, I, n° 681 ; Rodière et Pont, I, n° 636 ; Laurent, XXI, n° 343.

[3] Caen, 31 juillet 1858, Sirey, 59, II, 97. — Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 103, p. 315 ; Colmet de Santerre, VI, n° 37 *bis* V ; Laurent, XXI, n° 343.

règles de la communauté légale. Ajoutons que la solution doit être la même que sous la communauté légale, car la question à résoudre est la même : l'immeuble sera-t-il un immeuble propre, ou un acquêt ?

S'il n'y a pas de société d'acquêts entre les époux, la femme doit exercer son option au moment où elle règle ses droits, ce qui conduit aux conséquences suivantes : si l'immeuble indivis doit être paraphernal, la femme est tenue de faire son option immédiatement après l'acquisition ;[1] et, s'il doit être dotal, il lui faudra prendre parti au moment de la restitution de la dot, soit lors de la séparation de biens, soit lors de la dissolution du mariage.[2] Elle pourrait même prendre parti auparavant, par exemple lorsqu'elle veut disposer de ses biens pour l'établissement de ses enfants, car l'étendue de ses droits doit être fixée à ce moment.[3]

554. — En quelle forme doit être exprimée la volonté de la femme d'exercer le retrait d'indivision, ou de renoncer à son exercice ? L'article 1408, 2, n'impose aucune forme spéciale pour l'expression de la volonté de la femme : il faut en conclure qu'il suffit que cette volonté soit clairement exprimée, n'importe de quelle manière, pour que la femme soit irrévocablement liée par le parti qu'elle aura pris.

Ainsi, conformément aux règles générales du droit, la volonté de la femme pourra être exprimée soit d'une manière expresse, soit tacitement. C'est ainsi, par exemple, qu'il y aura volonté tacite de la femme de renoncer au retrait d'indivision, si elle concourt avec son mari à la vente de l'immeuble indivis qualifié de conquêt dans l'acte.[4]

[1] Limoges, 12 mars 1828, Sirey, c. N., IX, II, 52.
[2] Troplong, I, n° 691 ; Rodière et Pont, I, n° 635.
[3] Grenoble, 18 août 1854, Sirey, 55, II, 91, et Dalloz, 56, II, 61.
[4] Cassation, 1er mai 1860, Dalloz, 60, I, 511 ; Cassation, 26 janvier 1887, Dalloz, 87, I, 275. — Laurent, XXI, n° 345. — *Contrà*, Besançon, 20 mars 1850, Dalloz, 52, II, 287.

Mais, si aucune forme solennelle n'est prescrite pour l'exercice de la volonté de la femme, du moins faut-il qu'il n'y ait aucun doute sur cette volonté. C'est ainsi que l'on a pu juger qu'il n'y avait pas preuve suffisante de la volonté de la femme d'exercer le retrait dans les circonstances suivantes : la femme, devenue veuve, avait rendu à ses enfants leur compte de tutelle, et n'y avait pas fait figurer les revenus de l'immeuble indivis acheté par son mari ; il y avait sans doute dans cette omission une grave présomption que la femme entendait prendre l'immeuble pour elle, mais cette omission pouvait aussi être involontaire, et l'on a jugé avec raison qu'elle ne suffisait pas pour obliger la femme à conserver l'immeuble comme propre.[1]

555. — III. *Quels sont les effets de l'exercice du droit d'option de la femme.* — Ces effets doivent être examinés à deux époques : *pendente conditione,* tant que la femme n'a pas exercé son droit ; puis lorsque la femme a exercé le retrait d'indivision, ou a renoncé à l'exercer.

556. — Tant que la femme n'a pas manifesté sa volonté, quel est le sort de l'immeuble acquis ? Est-il provisoirement un conquêt, sauf à devenir un propre si la femme opte pour le retrait d'indivision ? Ou est-il provisoirement un propre, sauf à prendre la qualité de conquêt si la femme abandonne l'immeuble à la communauté ?

La question est controversée, mais nous croyons tout à fait que l'immeuble a provisoirement la qualité d'acquêt, et qu'il ne deviendra propre qu'au moment où la femme aura déclaré vouloir exercer le retrait d'indivision.

L'article 1401, 3°, pose en principe que les immeubles achetés pendant le mariage sont acquêts de communauté, et l'exception que l'article 1408, 2, y apporte consiste à donner à la femme le choix, à la dissolution de la communauté, d'abandonner l'effet ou de retirer l'immeuble : donc, tant que dure la communauté, ou du moins, dans la théo-

[1] Caen, 31 juillet 1858, Sirey, 59, II, 97. — Rodière et Pont, I, n° 639.

rie que nous avons adoptée, tant que la femme n'a pas exercé son option, il n'est pas dérogé à la règle de l'article 1401, 3°, et l'immeuble a, provisoirement, la qualité de conquêt.

Cette théorie est confirmée par la terminologie même de notre matière : la femme a le droit de « *retirer* » l'immeuble de la communauté, dit l'article 1408, ce qui implique que l'immeuble est dans la communauté, qu'il en est provisoirement la propriété. De même, l'expression « *retrait* », sous laquelle le droit de la femme de reprendre l'immeuble est désigné, signifie l'acte d'une personne qui dépouille une autre d'un droit qui lui appartient, suivant l'observation très exacte de M. Colmet de Santerre ; c'est ainsi que, dans le retrait d'indivision, le retrayant ne devient propriétaire qu'au moment de l'exercice du retrait, et de même dans le retrait de droits litigieux. Le nom traditionnel du droit de la femme, retrait d'indivision, prouve que la nature de son droit est la même, et qu'il n'apparaît qu'au moment où il est exercé.

On objecte que le mari a voulu acquérir pour le compte de sa femme, et que la femme doit être propriétaire jusqu'au moment où elle déclare ne pas vouloir ratifier l'acquisition : mais le mari a acheté « en son nom personnel », ce qui exclut l'idée qu'il ait voulu acheter pour le compte de la femme, et il est impossible de considérer le retrait comme une ratification de ce que le mari a fait, alors qu'il en est la contradiction.

Voici donc quelle est, *pendente conditione*, la situation de l'immeuble acquis : c'est un conquêt de communauté, sur lequel le mari exerce tous les droits qui lui appartiennent sur les conquêts.[1] Mais ce droit de propriété de la

[1] Nancy, 9 juin 1854, Sirey, 54, II, 785, et Dalloz, 55, II, 251 ; Caen, 31 juillet 1858, Sirey, 59, II, 97. — Colmet de Santerre, VI, n°s 37 *bis* VI et suiv.; Laurent, XXI, n°s 340 et 350. — *Contrà*, Grenoble, 18 août 1854, Sirey, 55, II, 91, et Dalloz, 56, II, 161. — Troplong, I, n°s 638 et suiv.

communauté est éventuellement soumis à l'exercice de l'option de la femme, et nous allons avoir à déterminer quel est le sort des actes faits par le mari, propriétaire intérimaire, suivant le parti qu'aura pris la femme.

557. — Si la femme opte pour l'abandon de l'immeuble à la communauté, l'immeuble prend d'une manière définitive la condition de conquêt : dans la théorie que nous venons d'adopter, ce n'est pas une qualité nouvelle qu'il prend, c'est une condition qu'il conserve ; il avait la qualité de conquêt de communauté à titre provisoire, il l'aura à titre définitif.

Tous les actes consentis par le mari pendant la durée de la communauté, hypothèques, aliénations, sont désormais inattaquables, sur cet immeuble comme sur les autres immeubles de communauté.

Si l'immeuble n'a pas été aliéné par le mari, il sera compris avec les autres immeubles conquêts dans la masse active de la communauté ; seulement la communauté aura à tenir compte à la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix de l'immeuble, conformément aux dispositions de l'article 1408, 2.

558. — Si la femme exerce le retrait d'indivision, quel va être l'effet de l'exercice du retrait ? Opère-t-il comme une condition résolutoire, de telle manière que la femme va reprendre l'immeuble même chez les tiers acquéreurs au profit desquels le mari l'aurait aliéné, et que, si des hypothèques ont été consenties par lui, elles tomberont par l'exercice du retrait ?

La question est discutée.

Une opinion enseigne qu'il faut résoudre la question par une distinction : si le mari a acquis tout l'immeuble, et que la femme exerce ensuite le retrait, c'est un véritable rachat qu'elle pratique, et elle devra respecter les aliénations et les hypothèques que le mari aurait consenties ; mais si le mari n'a acheté que les parties indivises appartenant aux copropriétaires de la femme, l'exercice du retrait

par celle-ci équivaut à un véritable partage, et l'immeuble retrayé doit parvenir aux mains de la femme libre et franc de tout droit réel consenti par le mari.

Écartons immédiatement cette dernière hypothèse, sur la solution de laquelle tout le monde est d'accord : il n'y a de différence que dans les motifs donnés pour arriver à cette solution. Dans l'opinion que nous exposons, l'immeuble retrayé arrivera franc et quitte aux mains de la femme, parce que le retrait équivaut alors à un partage entre la femme et la communauté, et que l'effet déclaratif du partage, écrit dans l'article 883, affranchit l'immeuble de tout droit réel consenti par les copropriétaires indivis dont le droit est anéanti : au contraire, dans l'opinion que nous allons adopter, c'est uniquement par l'effet du retrait que les hypothèques ou les aliénations provenant du chef du mari sont résolues.

Le débat se concentre donc sur l'hypothèse où le mari a acheté tout l'immeuble indivis ; et, pour soutenir que la femme est alors tenue de respecter le droit des sous-acquéreurs ou des créanciers hypothécaires, voici comment on argumente, dans l'opinion que nous exposons. Jusqu'à l'exercice du retrait, l'immeuble a provisoirement la qualité de conquêt, comme nous l'avons nous-même reconnu : pour décider que la femme devient rétroactivement propriétaire de cet immeuble, il faudrait un texte formel pour proclamer cette rétroactivité, et l'article 1408 ne la proclame pas.

On ajoute que le retrait est un véritable rachat, par lequel la femme « *retire* » de la communauté un immeuble qui y était entré : or un acte de rachat ne peut être considéré comme un acte de partage, ni attribuer des droits rétroactifs de propriété à celui qui exerce le rachat. Comme tout propriétaire en vertu d'un acte translatif de propriété, la femme retrayante n'a de droits que du jour du retrait, et elle ne peut prendre l'immeuble que dans l'état juridique où il se trouve au moment du retrait : elle devra

donc respecter le droit des sous-acquéreurs ou des créanciers hypothécaires.[1]

559. — L'opinion contraire, d'après laquelle l'exercice du retrait a pour résultat de faire évanouir les hypothèques et les aliénations consenties par le mari, est généralement admise, et pour notre part nous nous y rallions tout à fait.

Nous croyons qu'il résulte du texte de l'article 1408, 2, que du jour où l'immeuble indivis a été acheté par le mari, la condition de cet immeuble a été en suspens : les tiers ont été informés par l'article 1408, 2, que la femme avait une option à exercer à la dissolution de la communauté, et tous les actes passés entre eux et le mari n'ont pu l'être que sous la condition résolutoire de cette option, formellement annoncée par l'article 1408.

Au point de vue des principes, il ne pouvait en être autrement : à quoi servirait-il en effet d'accorder à la femme le droit théorique de reprendre l'immeuble à la dissolution de la communauté, si en même temps la loi permettait au mari d'anéantir ce droit en consentant des aliénations ou des hypothèques que la femme serait tenue de respecter ?

On objecte que la loi ne s'en est pas expliquée formellement : mais il nous semble que l'article 1408, 2, est suffisamment clair, en proclamant le droit d'option de la femme ; c'est indiquer que l'immeuble n'appartient à la communauté que sous la réserve de cette option, qu'il n'est point un conquêt ordinaire sur lequel le mari ait un droit absolu de disposition à titre onéreux.

Notre conclusion est donc que l'immeuble indivis, acheté par le mari, soit pour la totalité, soit seulement pour la part des copropriétaires de la femme, n'appartient à la communauté, tant qu'elle dure, que sous la condition résolutoire du retrait d'indivision ; et l'exercice de ce retrait

[1] Laurent, XXI, n° 348-353.

anéantira le droit des créanciers hypothécaires, ou même des tiers acquéreurs qui ont traité avec le mari, et qui ne peuvent se plaindre, car ils ont été avertis par l'article 1408 du danger que présentait pour eux l'option donnée à la femme.[1]

Toutefois, la femme qui exerce le retrait d'indivision devrait, par exception, respecter les actes d'aliénation ou d'hypothèque consentis par le mari dans les trois circonstances suivantes.

En premier lieu, si la femme a concouru à l'acte de revente ou à la constitution d'hypothèque, elle ne pourra critiquer ces actes :[2] en agissant ainsi, elle a renoncé partiellement à l'exercice du retrait, et nous avons vu que, dans l'opinion par nous adoptée, elle peut y renoncer pendant la durée de la communauté.[3]

En second lieu, si la femme a ratifié après coup l'acte d'aliénation ou d'hypothèque, auquel elle n'avait pas concouru, elle devra encore le respecter, et par le même motif : c'est une renonciation limitée à son droit d'option.[4]

En troisième lieu, si le mari était investi par le contrat de mariage du droit de vendre ou d'hypothéquer les immeubles propres de la femme, l'aliénation ou l'hypothèque qu'il aurait consentie à propos de l'immeuble acheté ne pourrait être critiquée par la femme : il doit, en effet, avoir autant de droits sur les immeubles, dont la femme n'est

[1] Cassation, 30 juillet 1816, Sirey, c. n., V, I, 221; Riom, 20 mai 1839, Sirey, 39, II, 513; Besançon, 20 mars 1850, Sirey, 50, II, 445; Douai, 28 avril 1851, Sirey, 52, II, 369, et Dalloz, 52, II, 290; Grenoble, 18 juin 1854, Sirey, 55, II, 91, et Dalloz, 56, II, 161; Caen, 31 juillet 1858, Sirey, 59, II, 97. — Troplong, I, nos 649-654; Rodière et Pont, I, n° 641 ; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 105; Colmet de Santerre, VI, n° 37 *bis* XI.

[2] Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.*

[3] *Suprà*, Tome II, n° 551.

[4] Cassation, 1er mai 1860, Sirey, 61, I, 785, et Dalloz, 60, I, 511. — Rodière et Pont, I, n° 641.

propriétaire que sous condition, que sur ceux dont elle est définitivement propriétaire ; et le droit de la femme sur l'immeuble se résout alors en une indemnité qui lui sera payée par la communauté.[1]

560. — La femme reprend, disons-nous, l'immeuble acheté, en exerçant le retrait, comme elle le reprendrait par l'exercice d'une condition résolutoire : mais s'ensuit-il que la femme, qui a exercé le retrait, soit substituée au mari dans ses obligations vis-à-vis des anciens copropriétaires de l'immeuble, et qu'elle devienne leur débitrice personnelle et directe du prix, au lieu et place du mari ?

Nous ne le croyons pas ; et il nous semble, malgré les critiques de M. Laurent,[2] que cette solution n'est nullement en contradiction avec l'opinion que nous avons adoptée, et d'après laquelle les droits consentis par le mari sur l'immeuble sont résolus. La situation est en effet celle-ci : la femme reprend l'immeuble franc et quitte, même au respect des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires, car ceux-ci ont traité sous la réserve du droit d'option dont l'article 1408, 2, leur annonçait l'existence ; au contraire, les copropriétaires vendeurs ou copartageants n'ont traité qu'avec le mari, ils n'ont pour débiteur direct et personnel que le mari, et l'exercice du retrait, qui n'est qu'une opération entre époux, ne peut modifier la situation, définitivement réglée par le contrat d'acquisition. Il n'en serait autrement que si l'on pouvait considérer le mari comme ayant traité au nom de sa femme, à charge de ratification : mais nous avons combattu cette théorie, qui est en contradiction avec la teneur même de l'acte, où le mari a acheté « en son nom personnel. »

Le mari est donc le seul acquéreur, le seul que les copropriétaires vendeurs connaissent ; et la femme ne sera atteinte qu'indirectement par l'action des vendeurs, par l'effet du privilège et de l'action résolutoire.[3]

[1] Grenoble, 18 août 1854, Sirey, 55, II, 91, et Dalloz, 56, II, 161.
[2] XXI, n° 353.
[3] Cassation, 14 novembre 1854, Sirey, 55, I, 718, et Dalloz, 55,

561. — Comme conséquence des principes que nous venons d'exposer, il faut décider que le prix, qui serait dû au mari par des sous-acquéreurs de l'immeuble indivis, ne peut être saisi-arrêté par les créanciers personnels du mari, si la femme opte pour l'exercice du retrait : le droit du mari au prix est en effet un droit conditionnel, subordonné au non-exercice du retrait d'indivision par la femme, et ses créanciers ne peuvent avoir sur ce prix plus de droits que lui.[1]

562. — Observons, en terminant nos explications sur le retrait d'indivision, que si la femme exerce le retrait, elle doit indemniser la communauté « du prix d'acquisition », suivant les expressions de l'article 1408, 2 ; et cela sans tenir compte à la communauté de la plus-value que l'immeuble pourrait avoir acquise dans l'intervalle de l'achat à l'exercice du retrait, pas plus que la femme ne pourrait demander compte de la diminution de valeur que l'immeuble aurait subie dans le même intervalle.[2]

Toutefois la femme devra ajouter à la restitution du prix principal celle des frais et loyaux coûts du contrat, suivant le principe général des retraits (article 1699).

§ III.

Comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des immeubles.

563. — « Tout immeuble, dit l'article 1402, *est réputé* « *acquêt de communauté*, s'il n'est prouvé que l'un des « époux en avait la propriété ou possession légale anté-

I, 232; Riom, 4 juin 1857, Sirey, 57, II, 599. — Rodière et Pont, I, n° 640; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 106, p. 315-316.

[1] Besançon, 20 mars 1850, Sirey, 50, II, 445, et Dalloz, 52, II, 288.

[2] Rodière et Pont, I, n° 640.

« sieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à « titre de succession ou de donation. »

Cette présomption de propriété au profit de la communauté existait déjà dans notre ancien droit, et voici dans quels termes Pothier indique la solution alors adoptée et en donne les motifs :

« Un héritage ou autre immeuble, dont on ne trouve pas « le titre d'acquisition, est, dans le doute, présumé con- « quêt, lorsqu'aucune des parties ne peut justifier qu'il lui « ait appartenu avant le mariage et qu'il lui fût propre. La « raison de cette règle est évidente. Celui des deux con- « joints qui prétendrait que l'héritage lui est propre doit « le justifier, suivant cette règle de droit : *Ei incumbit pro- « batio qui dicit*; L. 2, ff., *de probat.* Aucun des deux ne « pouvant le justifier, il ne peut passer pour le propre « d'aucun des deux ; il ne peut par conséquent être consi- « déré autrement que comme conquêt. »[1]

564. — Comment l'époux, qui prétend qu'un immeuble lui est propre, pourra-t-il en faire la preuve ? « Cette jus- « tification, disait Pothier, peut se faire non seulement « par titres, mais, à défaut de titres, par la preuve testi- « moniale. »

Cette doctrine doit encore être reçue aujourd'hui : l'article 1402 n'impose à l'époux demandeur aucun mode spécial de preuve, et ne le soumet pas, notamment, à l'obligation de rapporter une preuve écrite. Remarquons, d'ailleurs, que cette preuve écrite serait souvent impossible, spécialement pour les immeubles dont l'un des époux avait la possession légale avant le mariage : une fois le fait de cette possession antérieure au mariage établi par témoins, il est suffisamment démontré que la communauté n'y a aucun droit.

La propriété ou la possession légale d'un immeuble, alléguée par l'un des époux, pourra donc être établie par té-

[1] *Traité de la communauté*, n° 203.

moins.[1] Elle pourra l'être aussi par présomptions, puisqu'aux termes de l'article 1353 les présomptions sont recevables dans tous les cas où la preuve testimoniale est elle-même recevable.[2]

A plus forte raison cette preuve résulterait-elle de l'aveu de l'autre conjoint, ainsi que la Cour de cassation l'a jugé dans une hypothèse où l'aveu émanait du mari :[3] l'aveu de la femme ou de ses héritiers, en présence de la revendication faite par le mari, constituerait également une preuve pour celui-ci.

565. — La présomption de l'article 1402, en vertu de laquelle les immeubles sont réputés acquêts, à défaut de preuve contraire, ne s'applique qu'aux immeubles existant en la possession des époux au moment de la dissolution de la communauté. Quant aux immeubles achetés depuis la dissolution de la communauté, ils sont la propriété de celui des deux époux qui établira les avoir achetés, sans qu'il ait à lutter contre une présomption du genre de celle que la loi établit, lorsque l'immeuble était possédé par les époux pendant la communauté.

Cette solution résulte, d'abord, de ce que l'article 1402 ne prévoit, *in terminis*, que l'acquisition faite avant ou pendant le mariage, mais non l'acquisition faite après le mariage. En second lieu, la place que l'article 1402 occupe dans le § I de la section I, *De l'actif de la communauté*, indique bien qu'il ne s'agit que d'une communauté existante.

[1] Troplong, I, n° 535; Rodière et Pont, I, n° 516; Laurent, I, n° 293.

[2] Riom, 10 novembre 1851, Sirey, 51, II, 775.

[3] Cassation, 29 décembre 1836, Sirey, 37, I, 437.

[4] Cassation, 14 février 1816, Sirey, C. N., V, I, 154. — Troplong, I, n° 547; Rodière et Pont, I, n° 515; Laurent, XXI, n° 274.

CHAPITRE II

DU PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ.

566. — De même qu'au point de vue actif il faut distinguer, sous le régime de la communauté, trois sortes de biens, biens de communauté, biens propres du mari, biens propres de la femme ; de même, au point de vue passif, il faut distinguer trois sortes de dettes : dettes de communauté, dettes du mari, dettes de la femme.

Mais, si cette classification est la même en apparence, elle est en réalité beaucoup moins nette pour le passif que pour l'actif. Ainsi la communauté est souvent obligée de payer les dettes qui sont personnelles à l'un ou à l'autre des époux, par exemple, les dettes contractées par le mari, pendant le mariage, pour la conservation ou l'amélioration de ses immeubles propres. A l'inverse, les époux peuvent être forcés de payer des dettes qui incombent à la communauté : c'est ainsi que la femme est tenue personnellement des dettes des successions mobilières qu'elle aurait recueillies, bien que ces dettes soient une charge de la communauté.

567. — Cette situation complexe de la communauté et des époux oblige à distinguer, dans le passif de la com-

munauté, deux catégories de dettes : le passif *provisoire* et *apparent*, c'est-à-dire les dettes que la communauté ne paie que sauf son recours contre l'époux qui en est, en réalité, le débiteur ; et le passif *réel* et *définitif*, c'est-à-dire les dettes que la communauté paie pour son propre compte.

Nous pouvons citer, comme exemple de passif provisoire et apparent de la communauté, les dettes mobilières que l'un des époux aurait contractées avant le mariage, relativement à l'un de ses immeubles propres ; la communauté est tenue de cette dette, car c'est une dette mobilière antérieure au mariage, mais l'article 1409, 1°, ajoute qu'elle n'en est tenue que sauf récompense de la part de l'époux qui a contracté cette obligation. De même, les dettes d'une succession purement immobilière échue au mari constituent une charge personnelle à celui-ci ; la communauté peut être poursuivie, car elle est tenue de toutes les dettes que le mari contracte, mais elle aura un recours contre le mari, aux termes de l'article 1412, 2, *in fine*.

Comme exemple de passif réel et définitif, citons les dettes grevant une succession mobilière échue à l'un des époux pendant le mariage (article 1411), les intérêts des dettes personnelles à l'un des époux (article 1409, 2°), etc.[1]

C'est la même distinction que l'on reproduit lorsqu'on dit, avec raison, que les expressions « dettes de communauté » ont deux sens ; dans un sens large, elles signifient tout ce que la communauté peut être obligée de payer, soit pour elle, soit pour le compte des époux, sauf récompense dans ce dernier cas ; dans un sens restreint, elles ne s'entendent que des dettes de communauté proprement dites, de celles que la communauté paie pour elle et sans récompense.

[1] Laurent, XXI, n° 399.

Les mots « dettes personnelles » des époux ont aussi ces deux significations ; ils comprennent, *lato sensu*, tout ce que les époux peuvent être obligés de payer, soit pour la communauté, soit pour eux-mêmes ; et, *stricto sensu*, ils signifient les dettes propres à chacun des époux.[1]

568. — Cette distinction essentielle entre le passif apparent et le passif réel de la communauté conduit à reconnaître, en matière de communauté comme en matière de succession, deux ordres de rapports ; le *droit de poursuite*, c'est-à-dire les rapports de la communauté et des époux avec les tiers, le droit qui appartient aux créanciers de poursuivre soit la communauté, soit les époux ou l'un d'eux, et le *droit de contribution*, c'est-à-dire les rapports de la communauté et des époux entre eux, la manière dont ils doivent, les uns et les autres, procéder à la répartition définitive des dettes acquittées pendant la durée de la communauté.

Les créanciers ont souvent le droit de poursuivre l'une des parties qui, lors de la liquidation de la communauté, ne contribuera pas au paiement de la dette qu'elle a dû provisoirement solder ; ainsi, pour prendre les exemples que nous venons de citer, la communauté ne contribuera pas finalement au paiement des dettes contractées par l'un des époux avant le mariage, dettes pour lesquelles elle aurait été poursuivie, ni l'époux au paiement des dettes grevant une succession mobilière par lui recueillie pendant le mariage.

569. — Observons qu'en parlant du passif de la communauté, nous n'entendons nullement reconnaître à la communauté la qualité de personne morale. Nous avons déjà dit que, dans notre pensée, la communauté n'était point une personne morale, distincte de celle des époux, mais qu'il fallait entendre par l'expression « communauté » les époux eux-mêmes, envisagés comme communs en

[1] Aubry et Rau, V, § 508, p. 316-317.

biens, par opposition avec le patrimoine propre de chacun d'eux.[1]

L'expression « passif de la communauté » n'est donc qu'une forme plus commode et plus abrégée de langage, signifiant les dettes communes aux deux époux, par opposition aux dettes propres à chacun d'eux.

570. — Cette question de savoir si la communauté constitue ou non une personne morale présente un intérêt pratique considérable, à propos du passif de la communauté.

En effet, si la communauté devait être considérée comme une personne morale, ses créanciers auraient un droit de préférence sur les biens communs, à la dissolution de la communauté, à l'encontre des créanciers personnels de la femme, qui ne seraient payés sur l'actif social qu'après le désintéressement des créanciers de la communauté.

La question ne naît pas, à notre avis, pour les créanciers du mari, car, à raison de la confusion qui s'établit pendant la communauté entre le patrimoine de la communauté et celui du mari, on doit admettre que les créanciers de la communauté et ceux du mari ont les mêmes droits sur les biens communs.[2]

Mais, quant aux créanciers de la femme, si l'on admet que la communauté constitue un être moral, il faut décider que les créanciers de la communauté, de l'être moral, seront payés avant les créanciers personnels de la femme ; « La communauté, dit M. Troplong, est une tierce per-« sonne, dont l'actif doit servir à payer le passif ; ceux qui « n'ont contracté qu'avec la femme n'ont pas d'action sur « cet actif, tant que les créanciers de la communauté, qui « ont contracté en vue de cet actif, qui l'ont reçu pour « gage, à qui il a été offert comme garantie, ne sont pas

[1] *Suprà*, Tome I, n° 345. — *Compar.* Laurent, XXI, n° 295.
[2] Laurent, XXI, n° 382. — *Contrà*, Troplong, III, n° 1768.

« payés. Les créanciers de la femme n'ont que la femme « pour obligée ; mais, n'ayant pas contracté avec la com- « munauté, ils ne peuvent rien prétendre sur les objets qui « la composent, si ce n'est lorsque, les dettes ayant été « payées, il reste une part active qui passe dans les mains « de la femme et devient sa propriété. »[1]

Cette solution est logique, dans le système qui admet la personnalité de la communauté ; mais, pour nous, qui avons soutenu que la communauté ne constitue un être moral, ni au respect des tiers, ni au respect des époux, la solution contraire s'impose. C'est aussi celle qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, et l'on reconnaît généralement que les créanciers de la communauté seront payés concurremment avec les créanciers personnels du mari et de la femme sur l'actif de la communauté.[2]

591. — Une autre conséquence devrait découler du principe que la communauté n'est pas une personne morale : chacun des époux, s'il est débiteur de la communauté, devrait pouvoir compenser sa dette avec les créances de la communauté.

Cette solution est vraie pour le mari : ses dettes sont dettes de communauté, et il a la libre disposition des créances sociales : la compensation doit donc s'opérer entre les dettes et les créances de communauté.

Au contraire, pour la femme, aucune compensation n'est possible, même dans l'opinion de ceux qui, comme nous, ne considèrent pas la communauté comme un être moral. Le motif en est que, pendant la durée de la communauté, la femme n'a aucun droit sur les valeurs qui la composent et, suivant un adage fameux, déjà cité par nous, *non est socia, sed speratur fore* : la compensation

[1] III, nos 1766-1767, — *Sic*, Bordeaux, 6 juillet 1832, Sirey, 32, II, 54.

[2] Besançon, 24 juillet 1858, Sirey, 59, II, 39; Cassation, 18 avril 1860, Sirey, 60, I, 305 (*Note* de M. Massé), et Dalloz, 60, I, 185.— Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 48, p. 225; Colmet de Santerre, VI, n° 18 *bis* IV; Laurent, XXI, n° 393.

n'est donc pas possible, car si la femme est débitrice de ses dettes personnelles, elle n'est pas créancière des créances sociales.

572. — Pourquoi le Code a-t-il adopté un système aussi compliqué pour le paiement et la répartition des dettes des époux ? N'eût-il pas mieux valu décider que toutes les dettes seraient une charge de la communauté en dernière analyse ?

Une idée exacte et équitable a inspiré les rédacteurs du Code, puisque les époux ne mettent en commun qu'une partie de leur fortune, et qu'ils s'en réservent une partie comme propre, il est juste que la même répartition soit faite pour les dettes, qu'il y ait un passif propre et un passif commun, comme il y a un actif propre et un actif commun.

Mais, si le principe de la division du passif en deux catégories est sage, le mode de division qui a été adopté laisse beaucoup à désirer : il a été emprunté à notre droit coutumier, mais comme les règles sur la répartition des biens en meubles et immeubles ne sont plus les mêmes que dans notre ancien droit, il est permis de regretter, ainsi que nous le dirons bientôt, que l'on ait reproduit les anciennes dispositions sur la composition du passif de la communauté.

573. — Avant d'entrer dans l'examen des diverses catégories de dettes qui composent le passif de la communauté, nous devons faire trois remarques.

La première est que le passif de la communauté ne comprend que les dettes contractées pendant sa durée : toute dette postérieure à la dissolution de la communauté est personnelle à l'époux qui la contracte, mais elle ne peut entrer dans un budget qui est clos, activement et passivement, par la dissolution de la société conjugale.

574. — Observons, en second lieu, que les seules dettes

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 18 *bis* V ; Laurent, XXI, n° 394.

qui entrent dans le passif de la communauté sont celles que la loi met à sa charge : en principe, la dette contractée par l'un ou par l'autre des époux lui est propre, à moins que la loi ne fasse de cette dette une charge de la communauté.

C'est ce qui résulte de la forme même de l'article 1409 : « La communauté se compose passivement ». Le législateur a donc voulu donner la composition du passif de la communauté. Il est vrai que l'énumération de l'article 1409 n'est pas complète, et qu'il faut le combiner avec d'autres textes pour avoir la nomenclature exacte des dettes qui composent le passif de la communauté : mais ce qu'il importe de remarquer dès à présent, c'est que la communauté n'a pas d'autre passif que celui que la loi a mis à sa charge.[1]

575. — Voici notre troisième remarque : en outre des différentes dettes que nous allons énumérer au numéro suivant, et qui composent le passif de la communauté, la communauté est débitrice, d'une manière générale, toutes les fois qu'elle s'enrichit aux dépens de l'un des époux : le chiffre de sa dette sera la valeur dont elle se sera enrichie, *qualenus locupletior facta est*.

C'est ainsi, pour prendre l'exemple que nous fournit Pothier, que la communauté, qui n'est pas tenue des dettes que la femme ne contracte qu'avec l'autorisation de justice, en sera tenue si elle profite de cette dette contractée par la femme : seulement, au lieu d'être tenue pour la totalité de la dette, la communauté ne sera obligée que dans la mesure de son enrichissement.[2]

Il faut généraliser cette idée, et poser en principe que la communauté est débitrice de tout ce dont elle s'est enrichie aux dépens, soit du mari, soit de la femme.[3]

[1] Aubry et Rau, V, § 508, texte, p. 324-325.
[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 255.
[3] Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 42, p. 324 ; Colmet de Santerre, VI, n° 46.

576. — On peut diviser en six éléments le passif de la communauté :

I. — *Dettes mobilières dont les époux étaient grevés au moment du mariage ;*

II. — *Dettes des successions échues aux époux pendant le mariage ;*

III. — *Dettes contractées par le mari, et, dans certains cas, par la femme ;*

IV. — *Charges incombant d'ordinaire aux usufruitiers, et intérêts des dettes personnelles des époux ;*

V. — *Charges résultant du mariage ;*

VI. — *Frais de scellés, d'inventaire et de liquidation.*

577.

SECTION I

Dettes mobilières dont les époux étaient grevés au moment du mariage.

577. — « La communauté se compose passivement, dit « l'article 1409, 1°, de toutes les dettes mobilières dont les « époux étaient grevés au jour de la célébration de leur « mariage..., sauf la récompense pour celles relatives aux « immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. »

Cette règle de l'article 1409, 1°, est empruntée à notre ancien droit, et voici comment Pothier la formulait :

« La communauté légale, disait-il, est chargée de tou- « tes les dettes mobilières dont chacun des conjoints « était débiteur au temps que s'est contracté le mariage. « Cela est conforme à un principe de notre ancien droit « français, que les dettes mobilières d'une personne sont « une charge de l'universalité de ses meubles. Chacun « des conjoints, en se mariant, faisant entrer l'universa- « lité de ses meubles dans la communauté légale, il s'en- « suit, suivant ce principe, que cette communauté doit « être tenue de leurs dettes mobilières, qui en sont une « charge. »[1]

« Qui épouse le corps, écrivait Loisel, épouse les « dettes. »[2]

[1] *Traité de la communauté*, n° 233.
[2] *Institutes coutumières*, Liv. I, titre II, Sent. VIII.

578. — Cette répartition des dettes s'expliquait, dans notre ancien droit, par l'importance des dettes immobilières ; les rentes avaient, en général, un caractère immobilier, et elles entraient pour une large part dans la composition des fortunes. D'un autre côté, comme la vente n'était point par elle seule translative de propriété, l'obligation de transférer la propriété d'un immeuble constituait une dette immobilière.

Sous ce régime, on conçoit que la loi eût établi une sorte de parallèle dans la composition de l'actif et du passif de la communauté : de même que l'actif mobilier entrait seul en communauté, de même la communauté n'était grevée que du passif mobilier des époux, les dettes immobilières restant propres à chacun d'eux. Sans doute il pouvait arriver que le passif mobilier, mis à la charge de la communauté, fût plus important que le passif immobilier resté propre à l'époux, mais l'inverse était possible, et dans tous les cas il n'y avait pas de disproportion absolue entre ces deux catégories de dettes.

Dans notre droit actuel, la situation est bien changée : toutes les rentes sont meubles (article 529), la propriété des immeubles se transfère par l'effet des obligations, de sorte que l'obligation de transférer la propriété d'un immeuble est mobilière ; et nous verrons qu'il n'y a guère d'autre exemple de dette immobilière que l'obligation, pratiquement assez rare, de transférer la propriété d'un immeuble indéterminé.[1]

Les dettes des futurs époux sont donc, on peut le dire, presque toujours mobilières, et voici les conséquences de l'adoption par le Code du système de notre ancien droit : tandis que la communauté ne profitera pas d'une notable portion de la fortune des époux, de leur fortune immobilière, elle sera chargée de presque toutes leurs dettes, sauf, dans certains cas, le droit à une récompense. Aussi M. Bugnet a-t-il pu écrire que les principes du Code sont,

[1] *Infrà*, Tome II, n° 618.

en cette matière, « très peu en harmonie avec la composi-
« tion actuelle des fortunes. »

579. — Pour remédier à cet inconvénient, on eût pu, sans se préoccuper de la nature mobilière ou immobilière des dettes, décider que la communauté ne supporterait les dettes de chacun des époux que proportionnellement à la portion de la fortune de l'époux qui entrerait dans l'actif social ; mettre à la charge de la communauté la moitié des dettes, si elle prenait la moitié de l'actif, et ainsi de suite. Cette répartition eût été beaucoup plus équitable.

On peut expliquer par les trois motifs suivants le maintien par les rédacteurs du Code de l'ancien système.

En premier lieu, l'organisation de la communauté a été empruntée presque de toutes pièces à notre ancien droit : on y a pris l'organisation du passif comme on y avait pris l'organisation de l'actif, et il semble, d'après les travaux préparatoires, que les rédacteurs du Code n'ont pas vu bien nettement quelles modifications graves les règles anciennes allaient subir, par suite de l'adoption de principes nouveaux sur la distinction des biens.

En second lieu, si le système de la répartition des dettes entre la communauté et les époux, proportionnellement à la répartition de l'actif, avait été adopté, il aurait fallu que les époux procédassent, avant le mariage, à un inventaire destiné à déterminer, d'une manière exacte, la composition de leur fortune. Or cet inventaire n'est pas dans nos habitudes sociales, et il était difficile d'y contraindre les futurs époux.

En troisième lieu, la communauté conjugale n'est pas une société comme une autre, l'égalité des avantages pécuniaires qu'on y trouve y est moins nécessaire que dans une société où l'on ne cherche qu'à réaliser des profits.[1]

Les époux peuvent d'ailleurs remédier aux inconvé-

[1] *Compar.* Rodière et Pont, II, n° 702-704; Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* IV, 41 *bis* XI, et 51 *bis* XI; Laurent, XXI, n° 396-397.

nients que nous venons de signaler en modifiant, dans leur contrat de mariage, les règles légales sur la composition du passif. Il y a même une modification, très fréquente dans la pratique de certaines contrées de la France, qui fait disparaître d'une façon absolue ces inconvénients : c'est la clause de séparation de dettes, que nous étudierons avec l'article 1510, et qui a pour résultat d'exclure de la communauté les dettes personnelles des époux.

580. — Lorsque l'article 1409, 1°, dit que les dettes mobilières dont les époux étaient grevés lors du mariage, sont à la charge de la communauté, cela ne veut pas dire que ces dettes entrent toujours dans le passif *réel* et *définitif* de la communauté : le texte ajoute, en effet, « *sauf la récom-* « *pense* pour celles relatives aux immeubles propres à l'un « ou à l'autre des époux. »

Nous avons donc trois questions à étudier à propos des dettes dont les époux étaient grevés au moment du mariage :

§ I. *Dettes mobilières qui entrent en communauté ;*

§ II. *Récompenses qui peuvent être dues à propos des dettes mobilières ;*

§ III. *Dettes immobilières exclues à ce titre de la communauté.*

§ I

Dettes mobilières qui entrent en communauté.

581. — La dette mobilière, c'est la dette dont l'objet est mobilier : *quod tendit ad mobile, mobile est.* D'après les principes posés par le législateur au titre *De la distinction des biens,* presque toutes les dettes sont aujourd'hui mobilières, ainsi que nous l'avons dit.

Ainsi les rentes de toute nature sont mobilières. Il en

est de même de toute dette ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, ou de toute autre chose mobilière.

582. — Il n'y a pas à rechercher, pour savoir si une dette mobilière entre en communauté, si elle a été contractée dans l'intérêt de la fortune mobilière ou du patrimoine immobilier du futur époux. La question aura de l'importance au point de vue de la récompense qui pourra être due par l'époux, mais, au point de vue du droit de poursuite des créanciers, la communauté est débitrice de toutes les dettes mobilières des époux antérieures au mariage, quelle qu'en soit la cause.[1]

En effet, il faut distinguer avec soin l'objet de la dette et la cause pour laquelle elle a été contractée : l'objet de la dette est mobilier, puisqu'elle tend au paiement d'une somme d'argent ; la dette est donc mobilière, et elle entre en communauté, aux termes de l'article 1409, 1°. Mais cette dette a été contractée dans l'intérêt des propres de l'époux, et, à cause de cela, l'époux devra une récompense.

583. — Il n'y a pas à examiner non plus si la dette est garantie ou non par une hypothèque : fût-elle hypothécaire, elle sera à la charge de la communauté. L'hypothèque est une garantie accessoire, qui assure le paiement de la dette, mais qui n'en modifie pas le caractère : l'objet de la dette est toujours une somme d'argent, et dès lors la dette est mobilière : « Quoique ces dettes, disait Pothier, soient ac-« compagnées d'hypothèques, elles ne laissent pas d'être « dettes mobilières, et d'être par conséquent une charge « de la communauté des conjoints, qui s'en sont trouvé « débiteurs lorsqu'ils ont contracté leur mariage. »[2]

584. — Toute obligation de faire constitue, selon nous, une dette mobilière, cette obligation fût-elle relative à un

[1] Aubry et Rau, V, § 508, texte, p. 317.

[2] *Traité de la communauté*, n° 236. — *Sic* Douai, 6 janvier 1846, Sirey, 46, II, 533, et Dalloz, 46, II, 217. — Troplong, II, n° 713; Rodière et Pont, II, n° 728; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 6, p. 317; Laurent, XXI, n° 401.

immeuble : mais cette solution n'est pas acceptée par tous et nous devons la justifier.

Une opinion soutient que si l'obligation de faire a pour objet la construction d'un édifice, cette obligation est immobilière. Il est certain, dit-on dans ce système, que si l'obligation n'est pas exécutée, elle se résoudra en dommages-intérêts : mais, pour apprécier une obligation, il ne faut pas examiner ce qui sera dû en cas d'inexécution, mais bien se demander quel est l'objet direct et primitif de la créance, ce qui est procuré au créancier par l'accomplissement de l'obligation. Or, si l'obligation est exécutée, un édifice vient s'incorporer au sol : voilà l'objet de l'obligation, et il est immobilier.[1]

Nous reconnaissons qu'il ne faut pas apprécier le caractère d'une obligation par le résultat que le créancier obtient, lorsqu'elle n'est pas exécutée : à ce point de vue, nous repoussons, avec M. Laurent,[2] le motif souvent donné pour prouver que l'obligation de faire est mobilière, à savoir qu'elle se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution.[3]

Mais voici le vrai motif de cette solution : l'objet direct et primitif de l'obligation consiste dans l'apport par le débiteur de matériaux, et dans l'emploi qu'il est tenu d'en faire, et il n'y a rien là d'immobilier. Sans doute, l'édifice une fois construit s'incorporera au sol et prendra, comme lui, la nature d'immeuble : mais, dans les rapports du propriétaire et du constructeur, l'objet de l'obligation, ce que doit fournir le débiteur est mobilier : l'obligation est donc mobilière et doit être à la charge de la communauté.[4]

Cette solution est d'ailleurs en harmonie avec celle que

[1] Buguet, sur Pothier, *Traité de la communauté*, n° 235, et *Introduction à la coutume d'Orléans*, n° 50.

[2] XXI, n° 405.

[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 235.

[4] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 235; Troplong, II, n° 710; Rodière et Pont, II, n° 726; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 9, p. 318; Laurent, XXV, n° 405.

nous avons adoptée au Chapitre I, *De l'actif de la communauté,* lorsque nous avons décidé que si l'époux était créancier d'une obligation de faire, la communauté profiterait de cette obligation.[1]

585. — Les obligations qui résultent du contrat de bail soit pour le bailleur, soit pour le preneur, sont, à notre avis, mobilières, et doivent, à ce titre, entrer dans la masse passive de la communauté.

La question est, il est vrai, très discutée en ce qui concerne les obligations du bailleur, mais l'examen de cette question appartient à la matière du louage, et nous ne pouvons que nous référer aux développements que nous avons fournis au Titre *Du Louage.*[2]

586. — Les obligations dérivant du contrat de vente, l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie, nous paraissent aussi avoir le caractère d'obligations mobilières, devant incomber à la communauté, excepté dans le cas où il s'agit de délivrer un immeuble indéterminé.

Pour l'obligation de garantie, ce caractère mobilier lui est généralement reconnu : garantir en effet, c'est de la part du vendeur défendre la paisible propriété et jouissance qu'il a transférée à l'acquéreur, et, si celui-ci est évincé, lui payer des dommages-intérêts. L'objet de l'obligation de garantie est donc soit un fait du vendeur, soit le paiement d'une somme d'argent, et dans les deux cas l'obligation est mobilière, puisqu'elle tend à un objet mobilier.

587. — Quant à l'obligation de délivrance, la question est discutée. On s'accorde à admettre qu'elle est mobilière dans deux hypothèses : lorsque le vendeur a aliéné la chose d'autrui, et lorsqu'il s'agit des obligations accessoires à la délivrance d'un immeuble, retard dans la déli-

[1] *Suprà,* Tome I, n° 361.

[2] *Traité du Louage,* I, n°s 17 et suiv.

[3] Troplong, II, n° 712 ; Rodière et Pont, II, n° 722 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 9, p. 318.

vrance, restitution de fruits perçus par le vendeur, dégradations commises à l'immeuble avant la délivrance, etc...

Dans ces deux cas, en effet, l'objet de l'obligation du vendeur est mobilier : il doit indemniser l'acquéreur, dans le premier cas, du préjudice que lui cause la non-délivrance de la chose d'autrui, dans le second cas, du retard apporté à la délivrance, de la non-perception des fruits, ou des dégradations causées à l'immeuble. Dans toutes ces hypothèses, l'objet de l'obligation est une somme d'argent que le vendeur devra payer à l'acquéreur : c'est donc la communauté qui en sera chargée.[1]

588. — A l'inverse, on admet en général que l'obligation de délivrance a un caractère immobilier, si l'objet de la vente est un immeuble indéterminé, tant d'ares de terrain à prendre dans un immeuble appartenant au vendeur. Seul, M. Duranton a soutenu que cette obligation avait un caractère mobilier, et qu'elle devait être assimilée à l'obligation de délivrer un immeuble dont le vendeur n'est pas propriétaire.[2] Mais cette opinion a été rejetée avec raison, car l'obligation de délivrer une certaine quantité de terrain dans un immeuble dont l'époux est propriétaire peut être accomplie réellement par celui-ci : cette obligation est immobilière, puisque la propriété de l'immeuble ne sera transférée qu'au moment de la délivrance, et l'époux ne peut avoir le droit, en se refusant à exécuter cette obligation immobilière qui lui incombe, de la transformer en une dette de dommages-intérêts à la charge de la communauté.[3]

589. — Examinons maintenant le caractère de l'obligation de délivrer un immeuble déterminé, dont l'époux

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 244; Rodière et Pont, II, n° 727; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 8, p. 318.

[2] XIV, n° 225.

[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 243; Rodière et Pont, II, n° 727; Aubry et Rau, V, § 508, texte et notes 11 et 12, p. 318; Laurent, XXI, n° 486.

est propriétaire : cette obligation est-elle mobilière ou immobilière ?

Elle est immobilière, d'après une première opinion. Tel était l'avis de Pothier : « Si peu avant mon mariage, « dit-il, j'avais vendu un certain héritage dont je n'avais « pas encore mis l'acheteur en possession lors de mon « mariage, je demeure seul tenu de la dette de cet héri- « tage envers l'acheteur ; ce n'est point une dette de ma « communauté, dans laquelle l'héritage n'est point entré. « *Il n'importe que la dette soit d'un immeuble certain* « *et déterminé*, comme dans l'espèce précédente, ou d'un « immeuble indéterminé. »[1] Cette solution doit encore être admise sous l'empire du Code, dit-on, car l'objet de l'obligation est un immeuble, et par suite l'obligation est immobilière.[2]

Nous croyons que cette obligation est purement mobilière, et qu'elle doit être à la charge de la communauté. Sans doute, dans notre ancien droit, il en était autrement, mais l'explication en est facile à donner : la propriété ne se transférait pas par le seul effet des conventions, et il fallait, en outre, soit la tradition de fait, soit tout au moins la tradition de droit. Dans un pareil système, l'obligation de délivrer un immeuble était bien une obligation immobilière, puisque, jusqu'au moment de la délivrance, la propriété reposait sur la tête du vendeur.

Dans le système du Code, au contraire, la propriété est transférée par le seul effet des conventions, ainsi qu'il résulte des articles 711 et 1138 : à partir du jour de la vente, et avant toute délivrance, l'acquéreur est devenu propriétaire de l'immeuble par lui acheté, et l'obligation de délivrance n'est plus qu'une obligation personnelle incombant au vendeur qui est, suivant l'expression très exacte de M. Colmet de Santerre, un détenteur de la chose d'au-

[1] *Traité de la communauté*, n° 243.

[2] Troplong, II, n° 715 ; Rodière et Pont, II, n° 722 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 11, p. 318.

trui. Cette obligation se traduira par des dommages-intérêts pour le retard apporté à la délivrance : à aucun point de vue on ne peut donc plus lui assigner un caractère immobilier.[1]

La même solution doit être adoptée, par les mêmes motifs, pour l'obligation de constituer une servitude ou une hypothèque ; l'obligation prise par le propriétaire du fonds servant ou par le débiteur sera immobilière, si l'immeuble servant ou hypothéqué n'est pas déterminé ; mais, si l'immeuble est déterminé, l'obligation sera mobilière, car le droit réel de servitude ou d'hypothèque est né du jour du contrat.[2]

590. — Si l'obligation contractée par l'époux est alternative, qu'elle porte à la fois sur un meuble et sur un droit immobilier, nous adopterons la solution que nous avons admise à propos de la composition de l'actif de la communauté ;[3] l'obligation sera ou non à la charge de la communauté, suivant que le choix fait pour le paiement portera sur un meuble ou sur un immeuble.[4]

Si l'obligation est facultative, on examinera quel est l'objet direct de l'obligation, et c'est cet objet qui en déterminera le caractère mobilier ou immobilier, sans que l'on ait à rechercher le caractère de l'objet qui est *in facultate solutionis*.[5]

591. — Du moment où la dette de l'époux est mobilière, elle tombe en communauté, lors même qu'elle dépasserait la valeur du mobilier apporté par l'époux du chef duquel procède la dette : en effet, dans le système du Code civil, on ne s'attache pas à la plus ou moins grande importance

[1] Laurent, XXI, nos 405 et 484 ; Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* III.

[2] Laurent, XXI, nos 485 et 487. — *Contrà*, dans l'hypothèse d'un immeuble déterminé, Aubry et Rau, V, §508, texte et note 11, p. 318.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 360.

[4] Rodière et Pont, II, nos 730-731 ; Laurent, XXI, n° 404.

[5] *Suprà*, Tome I, n° 360. — Rodière et Pont, et Laurent, *Op. et loc. citat.*

des dettes des époux, mais seulement à leur nature mobilière ou immobilière, et l'article 1409 est trop précis pour laisser des doutes sur ce point.[1]

592. — Il n'y a pas d'exception à apporter pour les dettes qui auraient été contractées dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage ; elles seront à la charge de la communauté, comme celles qui auraient été contractées à une époque antérieure. Il est vrai que Lebrun, dans notre ancien droit, était d'un avis contraire :[2] mais, sous l'empire du Code, cette théorie nous paraît inadmissible en présence des termes de l'article 1409, qui indique que la communauté est chargée de toutes les dettes « dont « les époux étaient grevés *au jour de la célébration du* « *mariage.* » Ajoutons que si l'article 1404, 2, déclare propres les immeubles acquis dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, cette disposition constitue une exception au droit commun, ainsi que nous l'avons constaté.[3] A moins d'un texte qui le décide expressément, les effets produits par l'adoption de tel ou tel régime matrimonial ne commencent que du jour du mariage : cette solution, imposée dans l'hypothèse que nous examinons par le texte spécial de l'article 1410, découle aussi du texte général de l'article 1399, d'après lequel la communauté commence « du jour du mariage contracté devant l'officier « de l'état civil. »[4]

593. — Toutes les dettes mobilières des futurs époux entrent en communauté, disons-nous ; mais si le titre d'où elles procèdent était exécutoire contre la femme, aura-t-il la même force exécutoire contre le mari et contre la communauté ?

[1] Rodière et Pont, II, n° 705 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 22, p. 321.

[2] *Traité de la communauté,* Livre II, Chap. III, sect. III, n° 2.

[3] *Suprà,* Tome I, n° 426.

[4] Rodière et Pont, II, n° 714 ; Glandaz, ENCYCLOP. DU DROIT, V° *Communauté,* n° 144 ; Aubry et Rau, V, 508, texte et note 23, p. 321 ; Laurent, XXI, n° 407.

Pothier répondait négativement : « Quoique le mari, dit-« il, devienne débiteur des dettes de la femme qu'il a épou-« sée, les créanciers de la femme, quoiqu'ils eussent un « titre exécutoire contre elle, ne peuvent procéder contre le « mari par voie d'exécution, qu'ils n'aient au préalable ob-« tenu sentence contre lui qui le condamne au paiement, ou, « ce qui revient au même, qui déclare exécutoires contre « lui les titres que les créanciers ont contre sa femme. »[1]

On reconnaît généralement que cette solution doit être repoussée, et nous croyons que c'est avec raison : du moment où la loi met les dettes de la femme, antérieures au mariage, à la charge de la communauté, la communauté les doit comme elles sont ; le titre qui obligeait la femme oblige la communauté, avec la force exécutoire qui s'y attache.

Mais la plupart des auteurs qui admettent cette solution enseignent en même temps qu'il faudra appliquer par analogie l'article 877, au titre des Successions, et décider que les créanciers de la femme, qui ont un titre exécutoire, ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ce titre au mari.[2]

Nous ne pouvons admettre cette opinion : sans doute, en législation, l'application du délai fixé par l'article 877 au mari et à la communauté serait très raisonnable, car la situation qui leur est faite ressemble à celle de l'héritier ; dans les deux cas, il s'agit de poursuivre une personne à raison d'une dette dont elle peut ignorer l'existence, et on conçoit que le législateur ne permette pas de la poursuivre sans l'avoir prévenue. Mais cette analogie de situation ne suffit pas, car il n'y a pas d'assimilation juridique à établir entre l'héritier et le mari : et nous croyons qu'à défaut de texte, il faut dire que le titre, exécutoire contre la femme,

[1] *Traité de la communauté*, n° 242.

[2] Glandaz, Encyclop. du Droit, V° *Communauté*, n° 143 ; Troplong, II, n° 703 ; Rodière et Pont, II, n° 715.

sera exécutoire immédiatement après la célébration du mariage contre le mari et contre la communauté.[1]

594. — Si la dette est en partie mobilière, en partie immobilière, elle incombe à la communauté pour la partie mobilière, et elle reste propre à l'époux pour le surplus. C'était la solution donnée par Pothier, et elle doit encore être admise aujourd'hui, car la situation respective de l'époux et de la communauté est la même que s'il y avait deux obligations distinctes, l'une mobilière et l'autre immobilière.[2]

595. — Toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage sont, disons-nous, à la charge de la communauté : mais comment doit-il être établi que la dette de l'époux est *antérieure au mariage ?*

Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre les dettes du mari et celles de la femme.

Si la dette a été contractée par le mari, elle est à la charge de la communauté dans tous les cas, sans que l'on ait à examiner s'il est prouvé que cette dette est antérieure au mariage. Le motif est que les dettes, que le mari contracte pendant la communauté, doivent être supportées par la communauté, comme nous le dirons en étudiant les pouvoirs d'administration du mari, sauf récompense pour le cas où la dette serait relative aux biens propres de celui-ci. Il importe peu dès lors que la dette soit antérieure ou postérieure au mariage, puisque, dans les deux cas, c'est la communauté qui est débitrice.[3]

Il n'y aurait d'exception à ce principe, que toutes les dettes du mari engagent la communauté, que si une dette avait été contractée par lui en fraude des droits de la

[1] Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 84, note 12.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 244; Rodière et Pont, II, n° 729.

[3] Rodière et Pont, II, n° 707; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 14, p. 319.

femme. La jurisprudence en fournit une application, dans l'hypothèse où le futur mari avait aliéné, dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage, des immeubles qu'il avait donnés par contrat de mariage à la future épouse : on a décidé que l'obligation de garantie, qui pouvait être due par le mari à son acquéreur, n'était pas à la charge de la communauté ; et nous pensons que cette solution devrait être admise, toutes les fois que l'obligation du mari aurait pour but de faire fraude aux droits de la femme.[1]

596. — Si la dette a été contractée par la femme, la situation est toute différente : les dettes que la femme aurait faites pendant la durée du mariage n'obligent pas la communauté, ainsi que nous le verrons au Chapitre III, *De l'administration de la communauté*. Il importe donc d'exiger la preuve que les dettes, que l'on prétend contractées par la femme avant le mariage, sont vraiment antérieures au mariage, puisque, s'il en est autrement, elles n'entrent pas en communauté.

C'est ce motif qui a fait édicter l'article 1410, aux termes duquel la communauté n'est tenue des dettes mobilières de la femme « qu'autant qu'elles résultent d'un acte au-« thentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la « même époque une date certaine, soit par l'enregistre-« ment, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires « dudit acte. »

Si on rapproche l'article 1410 de l'article 1328, dans la matière de la preuve des contrats, on remarque que l'article 1410 ne rappelle que deux des modes indiqués par l'article 1328 pour donner date certaine aux actes, et qu'il ne rappelle pas le troisième, la constatation « de la substance « de l'acte dans des actes dressés par des officiers publics, « tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. » Faut-il en conclure que les actes, qui n'auraient acquis

[1] Cassation, 26 janvier 1847, Sirey, 47, I, 147, et Dalloz, 47, I, 63. — Rodière et Pont, II, n° 707.

date certaine que par leur relation dans un acte authentique, ne suffiraient pas pour mettre les dettes qui en résultent à la charge de la communauté ?

Nous croyons que cette interprétation serait erronée, et que, du moment où l'acte a acquis date certaine par l'un des modes indiqués par l'article 1328, fût-ce par sa relation dans un acte authentique, cela suffit pour que la communauté soit tenue de la dette. Si l'on considérait comme limitative l'énumération de l'article 1410, on arriverait à cette conséquence bizarre que le législateur n'admettrait pas comme donnant la certitude de la date, dans le contrat de mariage, les preuves qu'il admet pour les contrats en général : cela est inadmissible, et il faut reconnaître que l'article 1410 est énonciatif, non limitatif, et que l'on doit se reporter à l'article 1328 pour savoir dans quels cas la dette de la femme aura une date certaine.[1]

597. — Faut-il aller plus loin, et faut-il reconnaître aux tribunaux le pouvoir de décider qu'une dette a date certaine, en dehors des conditions exigées par l'article 1328, en se fondant sur des faits graves, sur des présomptions décisives ?

C'était l'avis de Pothier : « Je crois, disait-il, qu'on doit « avoir égard aux circonstances ; »[2] et cette opinion est encore soutenue de nos jours.[3]

Nous croyons qu'il faut la rejeter, car elle est en complète opposition avec les principes des articles 1328 et 1410 sur la preuve : cette opinion substituerait aux règles précises de notre droit moderne, sur la certitude de la date vis-à-vis de tous, un pouvoir arbitraire donné aux tribunaux. Le texte des deux articles que nous venons de citer ne s'y oppose pas moins que la théorie générale du Code

[1] Troplong, II, n° 772; Rodière et Pont, II, n° 711; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 15, p. 319.

[2] *Traité de la communauté*, n° 259.

[3] Grenoble, 13 mai 1831, Sirey, 32, II, 382; Aix, 27 avril 1865, Sirey, 66, II, 53. — Troplong, II, n° 772.

sur les preuves, où l'on a laissé le moins possible à l'arbitraire.[1]

598. — Si les dettes contractées par la femme n'ont pas date certaine avant le mariage, elles ne sont pas à la charge de la communauté : mais, vis-à-vis de la femme, l'acte fait foi de sa date, et, aux termes de l'article 1410, 2, le créancier de la femme peut poursuivre contre elle le paiement de sa créance, sur la nue propriété de ses biens personnels. Ce système concilie les droits du créancier, qui doit toujours conserver son action contre sa débitrice, et ceux de la communauté, qui ne doit pas supporter l'effet d'actes réalisés peut-être à une époque où la femme n'était plus capable de s'obliger.

599. — Le créancier, dont le titre n'a pas date certaine, ne pourrait-il pas poursuivre, en outre de la nue propriété des biens propres de la femme, la pleine propriété des sommes que la femme se serait réservées pour son entretien personnel ? Il faut répondre négativement, par le motif suivant : si le créancier pouvait saisir ces sommes et se payer à leurs dépens, l'entretien de la femme serait à la charge de la communauté, au lieu d'être supporté au moyen des biens réservés propres par la femme. Par suite, la communauté éprouverait un préjudice de l'existence de dettes qui peuvent être nées depuis le mariage, et c'est ce résultat que l'article 1410 a voulu empêcher.[2]

600. — La règle de l'article 1410, 1°, d'après laquelle la communauté n'est grevée que des dettes de la femme, ayant date certaine avant la célébration du mariage, comporte quatre exceptions que nous allons successivement étudier :

1° Si le mari a payé la dette dont il veut plus tard contester la date, ou s'il en a reconnu la sincérité ;

[1] Pau, 18 mai 1863, Sirey, 64, II, 139, et Dalloz, 63, II, 129. — Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 15, p. 319; Laurent, XXI, n° 411.

[2] Cassation, 9 août 1820, Sirey, C. N., VI, I, 796. — Troplong, II, n° 781; Rodière et Pout, II, n° 717; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 16, p. 319-320; Laurent, XXI, n° 417.

2° Si la dette est inférieure à cent cinquante francs ;

3° Si la dette est commerciale ;

4° Si la dette résulte de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit.

601. — *Première exception.* — « Le mari qui prétendrait, dit l'article 1410, 3, avoir payé pour sa femme une « dette de cette nature, n'en peut demander la récompense « ni à sa femme ni à ses héritiers. » Le motif de cette exception est facile à donner : si le mari a payé la dette, il a par là même reconnu que la date en était sincère et qu'elle grevait la communauté, et il ne peut ensuite revenir sur cet aveu que contient le paiement par lui fait.

L'article 1410, 3, ne parle que du paiement de la dette par le mari, mais il faut assimiler au paiement l'aveu que ferait le mari de la sincérité de la date de la créance réclamée. Cette solution, généralement admise, se justifie par les deux motifs suivants : en premier lieu, si l'article 1410, 3, ne permet pas au mari de revenir contre le paiement qu'il aurait fait d'une dette de ce genre, c'est, comme nous venons de le dire, parce que ce paiement contient un aveu tacite que la dette est à la charge de la communauté ; et l'aveu formel doit avoir au moins la même force que la reconnaissance implicite qui résulte du paiement. En second lieu, l'aveu est un mode de preuve général, dans toutes les matières où l'intérêt est purement pécuniaire, et le législateur n'avait pas de motif pour l'exclure dans notre hypothèse.[1]

602. — Malgré la généralité des termes de l'article 1410, 3, nous croyons que le mari, qui n'aurait payé une dette de la femme que pour éviter l'expropriation des biens de celle-ci, et en faisant au moment du paiement la réserve de tous ses droits, ne serait pas déchu du droit de

[1] Cassation, 9 décembre 1856, Sirey, 57, I, 353, et Dalloz, 56, I, 452 ; Besançon, 4 mars 1878, Sirey, 79, II, 144, et Dalloz, 79, II, 48. — Rodière et Pont, II, n° 712 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 18, p. 320 ; Laurent, XXI, n° 414.

réclamer le montant de cette dette à la femme. Nous avons dit, en effet, que si l'article 1410, 3, enlevait au mari tout droit à une récompense, c'est parce qu'on voyait dans ce paiement un aveu de la sincérité de la date attribuée à l'obligation : mais ce motif disparaît, si le mari n'a payé qu'en faisant des réserves. Le système contraire produirait d'ailleurs de graves inconvénients pour la femme, en ne permettant pas au mari d'empêcher les poursuites dirigées contre elle, quelque désastreuses qu'elles pussent être à raison des circonstances.[1]

603. — Nous croyons même que les réserves faites au moment du paiement par le mari sont inutiles, et qu'il pourra réclamer une récompense de la femme, indépendamment de toute réserve, si la dette qu'il a payée est relative aux immeubles propres de la femme. Ces dettes donnent en général lieu à récompense, aux termes de l'article 1409, 1, *in fine*, comme nous le dirons au § III, *Des récompenses qui peuvent être dues à propos des dettes mobilières* : or, s'il en est ainsi lorsque la dette a date certaine, il doit en être de même lorsqu'elle n'a pas date certaine. Le défaut de date certaine ne change pas le caractère de la dette ; et, lorsque l'article 1410, 3, déclare que le mari ne peut demander de récompense à la femme, il se place dans l'hypothèse ordinaire, celle d'une dette mobilière qui est, par sa nature, à la charge de la communauté.[2]

604. — *Deuxième exception.* — Si la dette de la femme est inférieure à cent cinquante francs, le créancier peut prouver par témoins la date de sa créance, sans être astreint à en rapporter la preuve par acte ayant date certaine. L'article 1410, 1, ne vise que les dettes qui résultent « d'un acte », celles dont l'existence est constatée par

[1] Rodière et Pont, II, n° 719; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 17, p. 320; Laurent, XXI, n° 415. — *Contrà*, Troplong, II, n° 783.

[2] Rodière et Pont, II, n° 719; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 17, p. 320; Colmet de Santerre, VI, n° 50 *bis*; Laurent, XXI, n° 416.

écrit : quant aux dettes inférieures à cent cinquante francs, comme leur existence même peut être prouvée sans acte, leur date peut être établie de la même manière. L'article 1410 ne déroge point à la règle de l'article 1341 sur la preuve des obligations, il n'est qu'une application de l'article 1328, le mari et la communauté étant avec raison considérés comme des tiers par rapport à l'engagement souscrit par la femme.[1]

605. — *Troisième exception.* — La date des dettes commerciales, que la femme aurait souscrites, peut être établie par les mêmes moyens que la créance elle-même, par les factures, la correspondance, les livres de commerce, la preuve testimoniale, etc..., conformément aux principes posés sur la preuve des obligations commerciales par l'article 109 du Code de commerce.

Cette solution est généralement admise,[2] et elle se justifie par les mêmes motifs que l'exception précédente.

On admet en effet, en doctrine et en jurisprudence, que l'article 1328 n'est pas applicable aux actes sous seing privé qui contiennent des conventions commerciales : « Les modes de preuve les plus usuels dans les relations « commerciales, dit M. Demolombe, les factures, les cor- « respondances, la preuve testimoniale résistent, en quel- « que sorte, par leur nature même, à la formalité de l'enre- « gistrement, qui ne serait nullement, sous le double rap- « port de la célérité et de l'économie, conforme aux néces- « sités du commerce. »[3]

[1] Troplong, II, n° 777; Rodière et Pont, II, n° 710; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 19, p. 320; Laurent, XXI, n° 412.

[2] Cassation, 17 mars 1830, Sirey, c. N., IX, I, 470; Angers, 2 avril 1851, Sirey, 51, II, 529, et Dalloz, 51, II, 53; Poitiers, 26 février 1856, Sirey, 56, II, 594, et Dalloz, 56, II, 176; Caen, 6 décembre 1858, Sirey, 59, II, 227; Paris, 10 juillet 1866, Sirey, 67, II, 42; Rennes, 28 mai 1867, Sirey, 68, II, 224. — Troplong, II, n° 778; Rodière et Pont, II, n° 713; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 20, p. 320; Laurent, XXI, n° 412.

[3] XXIX, n° 581, et les auteurs et les arrêts qui y sont cités.

Ce principe posé, comme l'article 1410 n'est, ainsi que nous l'avons dit au numéro précédent, qu'une application de l'article 1328, il s'ensuit qu'il n'est pas applicable aux matières commerciales. Il ne peut se faire que la situation du créancier, qui a traité avec une femme commerçante, se trouve compromise par le mariage de celle-ci, et que la loi lui impose un genre de preuve incompatible avec la nature même de sa créance.

606. — *Quatrième exception.* — Les obligations qui naissent de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit seront à la charge de la communauté, du moment où il sera prouvé, n'importe par quel genre de preuve, que la dette est antérieure au mariage.

Les motifs de décider sont les mêmes que pour les deux exceptions qui précèdent : ce genre d'obligations peut être prouvé sans écrit, aux termes de l'article 1348, on ne peut donc exiger que le créancier ait un titre ayant date certaine.[1]

La jurisprudence nous fournit une application de cette quatrième exception. Une femme, devenue veuve, accepte la communauté ayant existé entre elle et son mari, puis elle se remarie : faudra-t-il que les créanciers de la première communauté prouvent par acte ayant date certaine leur créance, pour avoir action contre la deuxième communauté ? Non, car la femme, par le quasi-contrat d'acceptation de la communauté, s'est engagée à payer toutes les dettes que le mari, chef de la communauté, avait pu contracter : elle est donc obligée non par son fait, mais par le fait du mari, et l'article 1410 n'est écrit que pour les dettes « contractées par la femme. » D'ailleurs le motif de l'article 1410 fait défaut, et il n'y a pas à craindre que la femme ait antidaté l'obligation dont le paiement est demandé à la communauté.[2]

[1] Troplong, II, nos 775-776; Rodière et Pont, II, no 710 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 20, p. 320-321.

[2] Trèves, 31 mars 1809, Sirey, C. N., III, II, 47. — Rodière et Pont, II, no 716.

La solution devrait être la même pour les dettes des successions que la femme aurait acceptées avant son mariage : là encore, il ne s'agit pas de dettes « contractées « par la femme, » mais de dettes dont la femme est tenue à raison du quasi-contrat résultant de l'acceptation de la succession, et l'article 1410 n'est pas fait pour cette catégorie de dettes.

607. — L'obligation imposée par l'article 1410, quant à la date certaine, n'existe que pour les créances dont le paiement est réclamé de la communauté ; mais, si un tiers revendique un objet mobilier dont il se prétend propriétaire et que la femme a apporté en communauté, il n'est pas nécessaire que son titre de propriété ait date certaine avant le mariage. L'article 1410 ne s'occupe en effet que des obligations personnelles que la femme a contractées, et non du droit de propriété des tiers sur les objets par elle apportés en mariage.[1]

§ II

Récompenses qui peuvent être dues à propos des dettes mobilières.

608. — En principe, les dettes mobilières des époux sont à la charge de la communauté d'une manière définitive, et sans qu'elle puisse réclamer de récompense contre l'époux du chef duquel la dette est entrée dans la communauté : nous avons indiqué[2] que l'actif étant divisé en deux catégories, l'une mise à la charge de la communauté, l'autre restant propre à l'époux, il était équitable que l'on suivît une division analogue pour le passif : ce qui a été fait par l'article 1409.

[1] Limoges, 28 novembre 1849, Sirey, 51, II, 413, et Dalloz, 52, II, 70. — Rodière et Pont, II, n° 716.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 572.

609. — Par exception, l'article 1409, 1°, décide, conformément à l'opinion qui avait prévalu dans notre ancien droit, qu'il y a lieu à récompense « pour les dettes relati- « ves aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. » Ce texte doit être rapproché de l'article 1437, que nous étudierons avec la théorie des récompenses : ces deux articles reposent sur la même idée, c'est que l'un des époux ne peut pas s'enrichir aux dépens de la communauté ; et, comme la dette contractée avant le mariage relativement à un propre a augmenté la valeur du patrimoine immobilier de l'époux, patrimoine qui lui reste propre, l'équité veut qu'il indemnise la communauté du paiement de cette dette, qui ne profite qu'à lui.[1]

610. — Le motif de notre exception va permettre d'en bien préciser la portée : puisqu'elle est motivée sur ce principe que l'époux ne doit pas s'enrichir aux dépens de la communauté, il y aura lieu à récompense toutes les fois que le patrimoine immobilier de l'époux aura profité d'une dette antérieure au mariage.

Ainsi le prix encore dû d'un immeuble acheté avant le mariage ;[2] la soulte d'un partage immobilier ;[3] le prix du rachat de servitudes grevant un propre ; le prix de constructions ou d'améliorations faites à un propre seront les causes les plus fréquentes de récompense.[4]

611. — De même, si l'immeuble de l'un des époux était grevé, au moment du mariage, d'une dette hypothécaire, et que cette dette fut remboursée par la communauté, la femme devrait une récompense à la communauté. Sans doute, la dette est tombée en communauté, bien qu'elle fût hypothécaire, le caractère de l'hypothèque ne changeant pas la nature de la dette, ainsi que nous l'avons dit :[5] mais

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 239; Troplong, II, n°s 784 et suiv.; Rodière et Pont, II, n°s 719 et 732 ; Laurent, XXI, n° 418.
[2] Pothier, *Op. et loc. citat.*
[3] Angers, 15 février 1845, Dalloz, 45, IV, 90.
[4] Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 24, p. 321.
[5] *Suprà*, Tome II, n° 583.

la dette est relative à un immeuble propre, puisqu'elle grévait un immeuble au moment du mariage, et, d'un autre côté, son paiement enrichit l'époux ; il y a donc lieu à récompense.[1]

612. — Il ne suffit pas, pour que la dette payée donne lieu à récompense, que cette dette soit relative à un propre ; il faut encore que cette dette représente une augmentation de valeur du patrimoine immobilier de l'époux, et, en outre, que l'immeuble auquel la dette est relative existe encore dans le patrimoine de l'époux, au moment de la célébration du mariage.

Il faut, d'abord, que la dette ait procuré une augmentation de valeur au patrimoine immobilier de l'époux : ainsi la dette qui a été contractée par l'un des époux, avant le mariage, pour préparer la récolte de son immeuble, ne donnera pas lieu à récompense, si la communauté la paie. Cette dette est bien relative à un propre, mais non dans le sens de l'article 1409 : elle est relative en effet à la jouissance du propre, mais non à l'immeuble lui-même, et elle ne profite pas au patrimoine que l'époux s'est réservé comme propre.[2]

De plus, la dette fût-elle relative à l'immeuble, elle ne donnera pas lieu à récompense, si l'immeuble n'existe plus dans le patrimoine de l'époux au moment du mariage : le motif est toujours le même, il n'y a pas alors enrichissement de l'époux avec les deniers de la communauté, par suite il n'y a pas lieu à récompense.

Par exemple, si l'immeuble à l'occasion duquel la dette a été contractée a été vendu par l'époux avant le mariage, la communauté devra payer cette dette sans récompense : « Si, dès avant mon mariage, disait Pothier, j'avais revendu « ou autrement disposé de l'héritage pour le prix duquel je « suis débiteur d'une certaine somme, la communauté se-

[1] Paris, 18 mars 1872, Sirey, 72, II, 44, et Dalloz, 73, II, 19.
[2] Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* IX ; Laurent, XXI, n° 419.

« rait chargée de cette dette, de même que de toutes mes « autres dettes mobilières. »[1]

613. — Que décider si l'immeuble propre de l'un des époux est grevé d'une rente viagère ? Ce qui fait la difficulté, c'est que la rente viagère ne représente pas seulement une dette d'arrérages ou intérêts, qui serait à la charge de la communauté, comme nous le verrons avec la section IV, *Charges incombant d'ordinaire aux usufruitiers, et intérêts des dettes personnelles des époux* : chaque annuité comprend deux parties, l'une correspondant au paiement du capital, l'autre au paiement des intérêts.

Cette nature complexe de la rente viagère conduit à la solution suivante, qui est généralement admise et que nous croyons très juridique :

Si la rente dépasse le revenu de l'immeuble propre de l'époux, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, il sera dû récompense à la communauté pour tout ce qui dépassera les revenus de l'immeuble. Pour cet excédent, la communauté paie une dette relative à la propriété de l'immeuble, puisqu'elle acquitte le prix même de l'immeuble ; et on doit appliquer l'article 1409, 1°, *in fine*, qui pose le principe de la récompense, et non l'article 1409, 3°, qui ne s'applique qu'aux intérêts et arrérages des dettes ordinaires.[2]

Si la rente viagère ne dépasse pas le revenu de l'immeuble, il n'y aura lieu à aucune récompense : « Attendu, dit « très bien la Cour de cassation, que lorsque la rente via- « gère ne dépasse pas le revenu de l'immeuble acquis à « titre de propre par l'un des époux, elle ne représente « pour aucune fraction le prix de cet immeuble en capital, « et qu'elle constitue alors une simple charge des fruits

[1] *Traité de la communauté*, n° 239. — *Sic* Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* VI ; Laurent, XXI, n° 420.

[2] Cassation, 13 juillet 1863, Sirey, 63, I, 329, et Delloz, 63, I, 398. — Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 26, p. 332 ; Laurent, XXI, n° 421.

« dont la communauté est légalement tenue pour le tout, « comme des intérêts des autres dettes personnelles de « chaque époux. »

Si au contraire il s'agit de rentes perpétuelles grevant l'immeuble propre de l'un des époux, on appliquera l'article 1409, 3°, qui met les arrérages de ces rentes à la charge de la communauté, sans récompense de la part de l'époux débiteur.[1]

614. — Si l'un des époux avait vendu, avant le mariage, un immeuble sous condition résolutoire, et qu'il le reprenne pendant le mariage, le prix, ou la portion du prix qu'il avait reçu et qu'il est forcé de restituer, serait à la charge de la communauté, car c'est une dette de somme d'argent : mais l'époux en devra récompense à la communauté, car cette dette est relative à l'un de ses propres. Elle est de même nature que le prix de vente encore dû d'un immeuble acheté avant le mariage ; elle doit, comme ce prix, donner lieu à récompense.[2]

615. — Doit-on placer sur la même ligne que les dettes relatives à des immeubles propres celles qui procurent à l'époux un avantage exclusif ? La question est née spécialement à propos de la dot constituée, avant le mariage, par l'un des époux à un enfant d'un premier lit, et payée pendant le mariage : la communauté qui l'a payée a-t-elle droit à récompense ?

Non, d'après un premier système : l'article 1409, 1, n'autorise la récompense, dit-on, que pour les dettes relatives à des immeubles propres de l'un des époux, et, en dehors de cette hypothèse, toutes les dettes mobilières antérieures au mariage entrent en communauté sans récompense, suivant la règle générale de l'article 1409, 1°.[3]

Nous croyons au contraire qu'il y a lieu à récompense,

[1] 8 décembre 1874, Sirey, 75, I, 209, et Dalloz, 75, I, 33.
[2] Cassation, 5 août 1878, Sirey, 79, 1, 301, et Dalloz, 79, I, 71.
[3] Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* VIII ; Laurent, XXI, n° 423.
[4] Duranton, XIV, n° 287.

par les motifs suivants. En premier lieu, l'article 1409 doit, comme nous l'avons dit, être combiné avec l'article 1437, et ce dernier texte nous donne une formule beaucoup plus large, et à notre avis beaucoup plus exacte : il y a lieu à récompense « toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel « des biens de la communauté. » Or l'obligation de doter un enfant du premier lit est une charge personnelle au père ou à la mère de cet enfant, qui s'enrichiraient aux dépens de la seconde communauté s'ils pouvaient doter l'enfant avec ses deniers.

D'ailleurs, l'article 1469 fournit la solution de notre question, sinon directement, car il est probable que ce texte se réfère à la dot constituée pendant le mariage, au moins par une analogie décisive : chaque époux rapporte, dit-il, la valeur des biens qu'il a pris dans la communauté pour doter un enfant d'un autre lit. Or la dette est de même nature, que la dot ait été constituée avant ou pendant le second mariage : dans les deux cas c'est la dette personnelle de l'époux que la communauté paie, et il y a lieu à récompense.[1]

616. — Il faut assimiler à la dette relative à un immeuble propre la dette relative au mobilier que l'époux se serait réservé comme propre par le contrat de mariage. Il est vrai que l'article 1409, 1°, ne parle que des dettes relatives « aux *immeubles* propres à l'un ou à l'autre des « époux, » mais cela tient à ce que, sous le régime de la communauté légale, il n'y a pas de meubles propres. La convention qui les exclut de la communauté les assimile aux immeubles, en ce sens qu'ils demeurent comme les immeubles la propriété de l'époux : il faut donc que l'époux

[1] Bastia, 31 janvier 1844, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Contrat de mariage*, n° 890. — Troplong, II, n° 714; Rodière et Pont, II, n° 741.

indemnise la communauté qui paie une dette relative à ces meubles, sans quoi il ferait échec au principe de l'article 1437, à la règle que l'époux ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté.[1]

617. — Les principes que nous venons de poser à propos des dettes mobilières, dont l'un des époux est tenu, ne s'appliquent pas aux dettes mobilières grevant des successions immobilières recueillies par l'un des époux. Cette catégorie de dettes est soumise à des règles spéciales, que nous étudierons dans la Section II de ce chapitre, *Dettes des successions échues aux époux pendant le mariage.*

§ III

Dettes immobilières exclues à ce titre de la communauté.

618. — Les solutions que nous avons adoptées, en énumérant les dettes mobilières,[2] conduisent à l'idée suivante : sous l'empire du code civil, il n'y a plus d'autre dette immobilière que l'obligation de livrer un immeuble déterminé dans son genre, mais non dans son espèce, un hectare de terre à prendre dans telle prairie.

Rappelons, à ce propos, une observation très exacte de M. Colmet de Santerre : « Peut-être que de nos jours, dit « il, cette hypothèse serait moins rare qu'elle pouvait le « paraître du temps de Pothier. De grandes et nombreuses « spéculations ont été faites dans les grandes villes sur les « percements des rues et les constructions à faire dans les « rues nouvelles ; il n'est pas rare qu'une compagnie de « capitalistes se fasse céder en bloc par la ville le droit « d'ouvrir une rue et de faire dans ce but les expropriations

[1] Rodière et Pont, II, n° 739; Aubry et Rau, V, § 508, p. 322.
[2] *Suprà*, Tome II, n° 578 et suiv.

« nécessaires ; puis cette compagnie revend en détail les « terrains propres à l'édification des maisons. On peut dès « lors très bien comprendre qu'une personne, qui veut « construire une maison, se fasse promettre un certain « nombre de mètres de terrain en façade sur la nouvelle « rue, sans déterminer exactement où sera situé le terrain « promis. Il y a là une promesse d'un immeuble *in genere*, « sur laquelle nous pouvons raisonner comme sur le legs « que Pothier avait donné en exemple. »[1]

Ajoutons que des spéculations analogues se rencontrent assez fréquemment à propos de la création ou de l'extension de stations balnéaires : des compagnies se fondent pour acheter des terrains et les revendre par lots, après y avoir ouvert des voies de communication. Là encore on comprend, comme dans l'hypothèse prévue par M. Colmet de Santerre, qu'une personne achète une certaine quantité de terrain en bordure sur la mer, ou sur l'une des voies projetées, sans la désigner autrement.

Ces hypothèses seront néanmoins assez rares ; et elles sont les seules dans lesquelles il y ait obligation immobilière exclue à ce titre du passif de la communauté.

619. — Il faut assimiler aux dettes immobilières les dettes dont l'époux ne serait tenu qu'hypothécairement, comme tiers détenteur : sans doute cette dette est mobilière dans son objet, puisqu'elle tend au paiement d'une somme d'argent ; mais, vis-à-vis de l'époux, elle revêt un caractère immobilier, puisqu'il n'a contracté vis-à-vis du créancier aucune obligation personnelle, et qu'il n'est tenu que *propter rem*. C'était la solution de notre ancien droit,[2] et c'est avec raison qu'on l'admet encore aujourd'hui.[3]

[1] VI, n° 41 *bis* III.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 238.

[3] Troplong, II, n° 715 ; Rodière et Pont, II, n° 733 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 13, p. 319 ; Laurent, XXI, n° 406.

On doit encore ranger dans cette catégorie les obligations légales qui incombent au propriétaire d'un immeuble en sa qualité de propriétaire, et dont il peut s'affranchir par l'abandon de l'immeuble : telle est, par exemple, l'obligation de réparer le mur mitoyen.[1]

620. — Il faut encore exclure de la communauté, par assimilation aux dettes immobilières, les dettes de choses, même mobilières, qui ne seraient pas entrées dans la communauté.

Pothier, qui pose ce principe, nous en fournit un bon exemple : avant le mariage, l'un des époux avait vendu des arbres sur pied qui ne sont pas encore abattus au moment du mariage. La dette est mobilière, puisque, dans les rapports du vendeur et de l'acquéreur, le marché porte sur des arbres destinés à être séparés du sol ; mais comme cette dette ne peut être acquittée que par l'immeuble propre de l'époux, sur lequel se trouvent les arbres vendus, elle n'incombe pas à la communauté, mais à l'époux propriétaire des arbres.[2]

621. — Non seulement les dettes immobilières ne sont pas à la charge de la communauté, au point de vue de la contribution des époux entre eux, mais le paiement n'en peut être poursuivi contre la communauté par les créanciers, du moins s'il s'agit de dettes immobilières de la femme. Il résulte en effet de l'article 1409, 1°, que les dettes mobilières des époux sont seules à la charge de la communauté, point les dettes immobilières.

Toutefois, si la dette immobilière a été contractée par le mari, nous croyons que le paiement peut en être poursuivi contre la communauté, sauf récompense. En effet, sous le régime de la communauté, le patrimoine du mari et celui de la communauté sont confondus en un seul : toute dette

[1] Aubry et Rau, V, § 508, p. 319.
[2] *Traité de la communauté*, n° 240. — *Sic* Rodière et Pont, II, n° 740.

de communauté est donc en même temps une dette du mari, et réciproquement : « Là où il n'y a qu'un seul pa-« trimoine, dit avec raison M. Laurent, on ne conçoit pas « que le créancier n'ait action que sur une fraction de ce « patrimoine. »[1]

[1] XXI, n° 489.

SECTION II

Dettes des successions échues aux époux pendant le mariage.

622. — La répartition des dettes des successions se fait d'une manière plus équitable que celle des dettes mobilières en général : la communauté n'est pas chargée de toutes les dettes, mais seulement des dettes des successions dont elle est appelée à recueillir l'actif.

De là une distinction essentielle à faire entre les dettes des successions mobilières, des successions immobilières, et des successions mixtes, c'est-à-dire en partie mobilières, en partie immobilières : les premières incombent en entier à la communauté, les secondes restent propres à l'époux, enfin les troisièmes sont supportées partie par la communauté, partie par l'époux, dans la proportion de la valeur de l'actif recueilli par chacun d'eux.

Cette répartition est logique : elle repose sur cette idée que celui qui a les avantages doit avoir aussi les charges : elle est préférable au système adopté par le Code pour les dettes mobilières antérieures au mariage, qui, comme nous l'avons dit,[1] sont toutes à la charge de la communauté, lors même que l'époux n'aurait apporté en mariage que des immeubles, qui lui restent propres.

623. — Cette première distinction, basée sur la nature des biens qui composent la succession, ne suffit pas : il

[1] *Suprà*, Tome II, n° 591.

faut, en outre, examiner l'étendue des pouvoirs de l'époux auquel la succession est échue. Si c'est le mari, la situation est très simple, et les dettes de la succession seront à la charge de la communauté uniquement d'après la nature des biens héréditaires : mais, si c'est la femme, les obligations de la communauté seront différentes, suivant que la succession aura été acceptée par elle avec l'autorisation du mari, ou seulement avec l'autorisation de justice.

624. — La loi, lorsqu'elle parle des dettes grevant les successions recueillies par les époux, ne vise que les successions recueillies pendant le mariage : quant à celles qu'ils auraient recueillies avant le mariage, elles se confondent avec les autres dettes grevant le patrimoine de l'époux. Ce ne sont plus des dettes de succession, ce sont des dettes mobilières, qui devront à ce titre tomber en communauté, la succession fût-elle exclusivement immobilière.[1]

625. — Nous n'avons pas à examiner ici le droit, qui appartient à chacun des époux, d'accepter les successions qui lui sont échues, ou d'y renoncer, ni les limites que l'on doit apporter à ce droit : ces questions se rattachent à notre Chapitre III, *De l'administration des biens de la communauté et des biens propres des époux.*[2]

626. — Nous allons étudier, avec les articles **1411** à **1417**, le paiement des dettes des successions : mais il importe de remarquer que les principes que nous allons proposer à ce propos sont applicables aux dettes grevant les donations faites, pendant le mariage, à l'un ou à l'autre des époux. C'est ce qui résulte de l'article **1418**, dont voici les termes : « Les règles établies par les articles **1411** et suivants régissent les dettes dépendant d'une donation, « comme celles dépendant d'une succession. »

[1] Douai. 6 janvier 1846, Sirey, 46, II, 533, et Dalloz, 46, II, 217 ; Tribunal de Troyes, 16 mars 1883, Sirey, 84, II, 71. — Rodière et Pont, II, n° 743. — *Contrà*, Duranton, XIV, n° 234.

[2] *Infrà*; Tome II, n°s 770 et suiv.

Il convient même de remarquer, avec M. Colmet de Santerre,[1] que c'est surtout à propos des donations que se réalisera l'hypothèse prévue par l'article 1413, celle des dettes grevant des immeubles recueillis par l'un des époux. En effet, excepté dans le cas du retour successoral établi au profit de l'ascendant donateur, une succession est rarement composée d'immeubles d'une manière exclusive, tandis qu'il est fréquent de voir une donation d'immeubles, ou un legs à titre universel des immeubles du *de cujus*.

627. — Nous étudierons, à propos des dettes grevant les successions recueillies par les époux, les quatre points suivants :

§ I. — *Dettes grevant les successions mobilières.*

§ II. — *Dettes grevant les successions immobilières.*

§ III. — *Dettes grevant les successions en partie mobilières, en partie immobilières.*

§ IV. — *Effets du défaut d'inventaire relativement au passif des successions recueillies par les époux.*

§ I

Dettes grevant les successions mobilières.

628. — Aux termes de l'article 1411, les dettes de successions purement mobilières qui sont échues aux époux pendant le mariage sont pour le tout à la charge de la communauté.

Il n'y a pas à rechercher si la dette est mobilière ou immobilière : les unes comme les autres sont à la charge de la communauté, la loi ne s'attachant pas, dans la matière des successions, à la nature de la dette, mais à la question de savoir à qui appartient l'actif que cette dette grève ;

[1] VI, n° 51 *bis*.

l'actif, étant mobilier, appartient à la communauté, toutes les dettes sont donc à sa charge.[1]

629. — Si la succession mobilière est échue au mari, les créanciers peuvent poursuivre soit la communauté, soit le mari, qui est devenu par son acceptation débiteur personnel des dettes héréditaires.

Mais, si le mari paie de ses deniers les dettes de la succession, il en aura recours et récompense contre la communauté. Dans ses rapports avec les créanciers héréditaires, c'est bien sa dette personnelle qu'il a acquittée; mais, dans ses rapports avec la communauté, c'est la dette de la communauté, et il lui en est dû récompense.[2]

630. — Si la succession est échue à la femme, il faut distinguer si elle l'a acceptée avec l'autorisation du mari, ou avec l'autorisation de justice.

Si l'acceptation a eu lieu avec l'autorisation du mari, les créanciers auront les mêmes droits sur la communauté que si la succession était échue au mari et acceptée par lui. Ils pourront, en outre, poursuivre la pleine propriété des biens de la femme, et les biens personnels du mari, qui sont toujours engagés du moment où la communauté est débitrice : mais la femme, ou le mari, qui auraient payé la dette de la communauté, auraient un recours contre elle.

631. — Si la femme n'a accepté qu'avec l'autorisation de justice, il faut rechercher s'il a été fait ou non un inventaire de la succession mobilière à elle échue.

S'il a été fait un inventaire, la communauté ne pourra être poursuivie que jusqu'à concurrence des valeurs héréditaires que l'inventaire a constatées. C'est ce qui résulte implicitement de l'article 1417, qui n'est écrit que pour les successions en partie mobilières, en partie immobilières, mais qui doit s'appliquer par analogie aux successions exclusivement immobilières.[4]

[1] Troplong, II, n° 787; Rodière et Pont, II, n° 748.
[2] Rodière et Pont, II, n° 765. — *Contrà*, Troplong, II, n° 788.
[3] Rodière et Pont, II, n° 766; Aubry et Rau, V, § 513, p. 376.
[4] Troplong, II, n° 832; Rodière et Pont, II, n° 767.

S'il n'a pas été fait d'inventaire et que le mobilier héréditaire ait été confondu avec le mobilier de la communauté, la communauté est tenue de l'intégralité des dettes de la succession, par analogie de l'article 1416, 2.[1]

632. — Dans les deux cas que nous venons d'indiquer au numéro précédent, la femme, qui n'a été autorisée que par justice, ne peut être poursuivie par les créanciers de la succession que sur la nue propriété de ses biens personnels. Cette solution résulte par analogie de l'article 1417, qui n'est d'ailleurs que l'application d'un principe plus général, sur lequel nous reviendrons en traitant de l'administration de la communauté : c'est que la femme ne peut obliger la communauté sans l'autorisation du mari, chef de la communauté, et ce serait l'obliger que d'engager la jouissance de ses biens, jouissance qui appartient à la communauté.

Dans ces deux hypothèses, si la femme paie la dette, elle a un recours contre la communauté : ce recours sera de la totalité de la dette, s'il n'y a pas eu d'inventaire, et du montant du profit que la communauté a retiré de la succession, s'il y a eu inventaire.[2]

633. — Nous venons de poser le principe que la communauté doit payer les dettes grevant les successions mobilières : ce principe doit être appliqué, quel que soit le chiffre de ces dettes, fussent-elles plus importantes que l'actif héréditaire.[3]

A ce point de vue, l'époux héritier doit être traité comme un créancier ordinaire de la succession, dans ses rapports avec la communauté, et il lui sera tenu compte par celle-ci de ses créances. A l'inverse, s'il était débiteur de la succession, il devra rembourser à la communauté les sommes qu'il devait au *de cujus*. Pothier, qui adopte ces deux solutions, en donne le motif suivant :

[1] Troplong, II, n° 831; Aubry et Rau, V, § 513, p. 377.
[2] Aubry et Rau, *Op. et loc. cit.*; Laurent, XXI, n°s 448 et 450.
[3] Rodière et Pont, II, n° 749.

« La raison de décider est que la communauté d'un con-
« joint, à qui il échet une succession, doit être considérée
« comme un cessionnaire des droits successifs mobiliers
« de ce conjoint. Or la loi 37, ff., *de Pecul.*, décide que
« l'héritier qui a cédé ses droits successifs doit faire raison
« à son cessionnaire de ce qu'il devait au défunt. »

Dans le second cas, si le défunt était débiteur de l'héritier. Pothier s'exprime ainsi : « Notre communauté, dans
« laquelle entrent les biens et les droits de la succession de
« mon débiteur, qui m'est échue, doit être considérée
« comme un cessionnaire de droits successifs : elle doit
« donc... me faire raison de ce qui m'était dû par le dé-
« funt. »[1]

§ II

Dettes grevant les successions immobilières.

634. — D'après l'article 1412, les dettes d'une succession purement immobilière, qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté.

Cette solution, qui trouvera surtout son application, comme nous l'avons dit, pour les successions testamentaires et les donations, n'est vraie que pour le capital des dettes immobilières : quant aux intérêts de ces dettes, ils sont à la charge de la communauté, en vertu des dispositions de l'article 1409, 3°.[2]

De plus, si la communauté n'est pas tenue définitivement du capital des dettes mobilières, elle peut en être tenue provisoirement, sauf recours contre l'époux héri-

[1] *Traité de la communauté*, n°s 262-263. — *Sic* Troplong, II, n° 790; Rodière et Pont, II, n°s 753-754 ; Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 7, p. 378. — *Compar.* Laurent, XXI, n° 449.

[2] Rodière et Pont, II, n° 751; Laurent, XXI, n° 451.

tier ; et nous devons, à ce propos, reproduire la distinction que nous faisions, dans le paragraphe précédent, entre les dettes des successions échues au mari, et les dettes des successions échues à la femme.

635. — Si la succession purement immobilière est échue au mari, l'article 1412, 2, décide que les créanciers peuvent poursuivre leur paiement non seulement sur les biens du mari, mais aussi sur ceux de la communauté, sauf récompense.

Cette décision, analogue à celle que nous avons indiquée à propos des successions purement mobilières, échues à la femme et acceptées avec l'autorisation du mari,[1] repose sur le même motif, la confusion qui s'établit, pendant le mariage, entre le patrimoine de la communauté et celui du mari.

636. — Si la succession est échue à la femme, et qu'elle l'ait acceptée avec l'autorisation du mari, les créanciers n'auront d'action que sur les biens personnels de la femme, et ils n'en auront ni sur les biens de la communauté, ni sur ceux du mari.

On a objecté, contre cette solution, les termes de l'article 1419, d'après lequel les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes, que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ; et on en a conclu que les créanciers de la succession devaient, en vertu de ce texte général, avoir action contre la communauté et contre le mari, sauf récompense de la part de la femme.[2]

Ce système doit être repoussé par les motifs suivants. L'article 1419 édicte une règle générale relative aux obligations contractées par la femme, mais les articles 1412, 2, et 1413 donnent une règle spéciale relative aux dettes grevant les successions échues à l'un ou à l'autre des époux ;

[1] *Suprà*, Tome II, n° 630.
[2] Toulier, XII, n° 282.

et il résulte très clairement soit de l'article 1412, *a contrario*, soit de l'article 1413, 1, que les créanciers d'une succession purement immobilière échue à la femme n'ont action ni sur les biens de la communauté, ni sur ceux du mari.

Cette dérogation à la règle de l'article 1419 s'explique très bien : en premier lieu, la succession purement immobilière ne profite qu'à la femme, et il est juste que les dettes qui la grèvent lui restent propres. En second lieu, suivant l'observation très exacte de M. Colmet de Santerre, les créanciers héréditaires ne peuvent s'en plaindre, car ils n'ont pas été parties à l'acte d'acceptation, et ils ne peuvent dire qu'ils ont eu confiance dans l'autorisation donnée par le mari, et que c'est la solvabilité de celui-ci qui les a déterminés à traiter, puisque leur créance est antérieure à l'acceptation.[1]

637. — Si la femme a accepté la succession avec l'autorisation de justice, l'article 1413, 2, résout la question : d'après ce texte, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme.

Deux conséquences doivent être déduites de ce texte : la première, que les créanciers n'ont d'action ni sur les biens de la communauté ou du mari, ni même sur la jouissance des biens personnels de la femme ; ce qui est conforme aux principes généraux, puisque, d'un côté, l'actif de la succession ne profite qu'à la femme, et que, de l'autre, l'autorisation que la justice lui a donnée ne peut nuire à la communauté, en la privant de la jouissance des propres de la femme.

La seconde conséquence, c'est que, avant d'atteindre la nue propriété des biens de la femme, les créanciers devront discuter les biens héréditaires : c'est ce qui ressort

[1] Troplong, II, nos 799 et suiv.; Rodière et Pont, II, n° 772; Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 8, p. 378; Laurent, XXI, n° 453; Colmet de Santerre, VI, n° 55 *bis* 1.

de ces mots « en cas d'insuffisance des immeubles de la « succession. » Ce bénéfice de discussion est assez anormal, au point de vue des principes, et il ne peut s'expliquer que par les inconvénients que présente pour la femme la vente de la nue propriété, et pour le mari les difficultés qui résulteraient de la présence d'un nu propriétaire étranger.[1]

§ III

Dettes grevant les successions en partie mobilières, en partie immobilières.

638. — Lorsque la succession est en partie mobilière, en partie immobilière, l'article 1414 prescrit, dans les rapports des époux entre eux, et au point de vue de la contribution, une répartition des dettes proportionnellement à la valeur comparée des meubles et des immeubles. On n'examine pas la nature des dettes grevant la succession : sans distinction de nature, qu'elles soient mobilières ou immobilières, elles sont mises en masse, et réparties entre l'époux héritier et la communauté proportionnellement à l'actif que l'un et l'autre recueillent dans la succession. Cette disposition est conforme à la double règle que nous venons d'étudier, à propos des successions purement mobilières et des successions purement immobilières.

Mais, en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers héréditaires, l'article 1416 déroge aux règles suivies pour les successions purement mobilières ou purement immobilières ; il décide, en effet, que les créanciers pourront poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté, que la succession soit échue au mari ou qu'elle soit

[1] Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 9, p. 378-379 ; Colmet de Santerre, VI, n° 55 *bis* II; Laurent, XXI, n° 454.

échue à la femme, pourvu, dans ce dernier cas, qu'elle soit acceptée avec l'autorisation du mari ; seulement la communauté aura droit à récompense contre l'époux héritier, d'après la règle proportionnelle édictée par l'article 1414.

639. — Quel est le motif de cette décision de l'article 1416, qui permet aux créanciers de poursuivre la communauté au-delà de sa part contributive dans les dettes héréditaires, telle qu'elle est fixée par l'article 1414 ? Nous croyons, avec la plupart des auteurs, qu'il est difficile de donner un motif logique de cette disposition de l'article 1416.[1]

La logique aurait exigé que les créanciers n'eussent d'action contre la communauté que dans la mesure où elle était débitrice, c'est-à-dire au prorata de la valeur de l'actif mobilier. Ce qui a déterminé probablement le législateur, c'est une raison de faveur pour les créanciers, et aussi une raison d'utilité pratique : la question de savoir quelle était la proportion des meubles et des immeubles dans la succession pouvait donner lieu à de fréquentes contestations. Ces difficultés naîtront entre les époux, mais il était plus équitable de ne pas y exposer les créanciers héréditaires, et plus simple de laisser les époux les régler entre eux, à la dissolution de la communauté.

640. — Si la succession en partie mobilière, en partie immobilière, n'a été acceptée par la femme qu'avec l'autorisation de justice, les créanciers héréditaires n'ont d'action que sur les biens de la succession, et, en cas d'insuffisance, sur la nue propriété des biens personnels de la femme : c'est la solution de l'article 1417, et elle s'explique, comme nous l'avons déjà dit à propos des successions purement immobilières, par le respect dû aux droits de la communauté. Sans l'autorisation du mari, chef de la com-

[1] Troplong, II, nos 829-830 ; Rodière et Pont, II, n° 775 ; Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 12, p. 380 ; Laurent, XXI, n° 458.

munauté, les créanciers ne peuvent avoir d'action ni sur les biens qui appartiennent à la communauté en pleine propriété, ni sur la jouissance qui lui appartient des biens de la femme.

641. — La contribution de l'époux héritier et de la communauté dans les dettes de la succession se détermine par l'inventaire qui en est dressé : cet inventaire doit dans tous les cas être requis par le mari, que la succession lui soit échue ou qu'elle soit échue à la femme. Dans le premier cas, il doit requérir l'inventaire de son chef, et, dans le second, comme administrateur du patrimoine de la femme.

On ne tient compte, pour fixer cette contribution, que de l'importance comparée des meubles et des immeubles héréditaires : ni la nature mobilière ou immobilière des dettes,[1] ni l'émolument réel que reçoit la communauté,[2] ne seront pris en considération.

642. — Nous avons supposé, jusqu'ici, qu'il avait été dressé un inventaire de la succession échue à l'un des époux : le défaut d'inventaire produirait des conséquences graves, soit quant au droit de poursuite des créanciers héréditaires, soit quant à la contribution des époux et de la communauté dans le paiement des dettes. Nous examinerons ces conséquences du défaut d'inventaire dans le paragraphe IV, *Effets du défaut d'inventaire relativement au passif des successions recueillies par les époux.*

643. — En examinant le paiement des dettes des successions soit mobilières, soit immobilières, soit en partie mobilières et en partie immobilières, échues aux époux, nous avons raisonné dans l'hypothèse où ces successions auraient été acceptées purement et simplement.

Mais l'époux héritier peut user du droit qui appartient à tout héritier, et accepter la succession sous bénéfice d'in-

[1] Laurent, XXI, n° 461.
[2] Colmet de Santerre, VI, n° 56 *bis* I ; Laurent, XXI, n° 462.

ventaire : quel sera l'effet de l'acceptation bénéficiaire quant au paiement des dettes ?

Dans les rapports des époux entre eux, quant au droit de contribution, l'acceptation bénéficiaire n'apporte aucun changement aux droits respectifs de la communauté et des époux ; et ils contribueront aux dettes suivant les principes que nous venons d'indiquer aux numéros précédents, comme dans l'hypothèse d'une acceptation pure et simple suivie d'un inventaire qui constate, au point de vue des rapports des époux, la valeur comparée des meubles et des immeubles.

Au respect des créanciers au contraire, quant au droit de poursuite, la situation est modifiée, et ils ne pourront poursuivre soit la communauté, soit les époux, que jusqu'à concurrence des biens héréditaires, conformément aux principes généraux du bénéfice d'inventaire.[1]

Ajoutons que, de leur côté, les créanciers héréditaires peuvent demander la séparation des patrimoines, et qu'elle produira à leur profit ses effets ordinaires. C'est ainsi, notamment, qu'elle empêchera le concours des créanciers de la communauté sur les biens de la succession.[2]

§ IV

Effets du défaut d'inventaire des successions recueillies par les époux.

644. — Le vœu de la loi, sous le régime de la communauté, c'est que la consistance de la succession soit établie par un inventaire : cet inventaire permet, en effet, de régler facilement la portion contributoire de la commu-

[1] Troplong, II, n° 814; Aubry et Rau, V, § 513, p. 381.

[2] Troplong, II, n° 814; Rodière et Pont, II, n° 744; Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 19, p. 381.

nauté et de l'époux dans les dettes des successions en partie mobilières, en partie immobilières, c'est-à-dire dans la majeure partie des successions.

Aussi l'article 1414, 2, impose-t-il au mari l'obligation de faire faire inventaire, soit de son chef, pour les successions qu'il recueille, soit comme administrateur des biens de la femme, pour les successions recueillies par celle-ci. Cette obligation existe pour le mari, même lorsque la succession a été acceptée par la femme avec l'autorisation de justice : cette solution, singulière en apparence, se justifie par ce motif que le mari n'en est pas moins administrateur du bien que la femme va recueillir, bien qu'elle n'ait été autorisée que par justice ; et c'est à ce titre qu'il doit faire faire inventaire, pour sauvegarder le patrimoine qu'il administre.[1]

645. — En outre de l'inventaire proprement dit, c'est-à-dire de l'état et de l'estimation des meubles, le mari doit faire dresser un état des immeubles, avec une estimation de leur valeur. Il est vrai que l'article 1414 ne parle que d'un inventaire, ce qui, dans le sens technique du mot, ne comprend que l'état et l'estimation des meubles : mais si ce premier acte est le plus important, en ce sens qu'il sauvegarde les droits de la femme quant aux reprises qu'elle aura un jour, il est insuffisant pour fixer la part contributive de l'époux et de la communauté dans le paiement des dettes, puisque cette part est déterminée par la comparaison de la valeur des meubles avec celle des immeubles. Il faut donc que ces deux valeurs soient connues.

Toutefois, il y a une conséquence à déduire de ce que l'obligation de faire dresser un état estimatif des immeubles n'est pas prescrite par l'article 1414, 2 : les effets que la loi attache au défaut d'inventaire, et que nous allons étudier immédiatement, ne s'attacheront pas au défaut d'état des immeubles. Ce n'est là qu'une lacune que

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 56 *bis* II ; Laurent, XXI, n° 464.

l'on pourra combler, ce n'est pas une faute entraînant une pénalité civile ; c'est ainsi, notamment, que les créanciers d'une succession acceptée par la femme avec l'autorisation de justice ne pourront pas poursuivre le paiement de leurs créances sur les biens de la communauté et du mari, comme ils le peuvent au cas de défaut d'inventaire du mobilier, d'après l'article 1416, 2.[1]

646. — Les conséquences du défaut d'inventaire doivent être étudiées dans deux hypothèses : dans le cas où la succession est échue au mari, et dans le cas où elle est échue à la femme.

Nous examinerons d'abord le cas où la succession est échue à la femme, car c'est dans cette hypothèse surtout que les conséquences du défaut d'inventaire sont graves.

647. — Au point de vue du droit de poursuite, qui appartient aux créanciers de la succession échue à la femme, la conséquence du défaut d'inventaire est indiquée par l'article 1416, 2. La succession en partie mobilière, en partie immobilière, n'eût-elle été acceptée par la femme qu'avec l'autorisation de justice, les créanciers héréditaires pourront poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté, et, par suite, sur les biens propres du mari.

Le mari ne peut se plaindre de ce droit accordé aux créanciers, car c'est lui qui s'est exposé à leur poursuite, en négligeant de remplir le devoir que lui imposait l'article 1414, 2, l'obligation de faire inventaire.

648. — Au point de vue de la contribution de la femme au paiement des dettes, dans les successions en partie mobilières, en partie immobilières, et, ce qui est plus important encore, au point de vue de l'exercice de ses reprises, dans les successions en tout ou en partie mobilières, quel est l'effet du défaut d'inventaire ?

L'article 1415 l'indique dans les termes suivants : « A

[1] Rodière et Pont, II, n° 757; Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 14, p. 380.

« défaut d'inventaire, et dans tous les cas où ce défaut « préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors « de la dissolution de la communauté, poursuivre les ré- « compenses de droit, et même faire preuve, tant par ti- « tres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin « *par la commune renommée*, de la consistance et valeur « du mobilier non inventorié. »

Ainsi, toutes les fois que la femme prétendra que le défaut d'inventaire lui cause un préjudice, elle pourra établir la consistance du mobilier par elle recueilli soit par titres et papiers domestiques ou par témoins, contrairement à la règle de l'article 1341, soit par *commune renommée*, preuve exceptionnelle sur le caractère et la portée de laquelle nous devons nous expliquer.

649. — « Commune renommée, dit Ferrière, est la « voix publique, qui sert de preuve en plusieurs occa- « sions. »[1]

Le caractère de la preuve par commune renommée, c'est que le témoin n'y dépose pas seulement de ce qu'il sait, mais de ce qu'il a entendu dire : la femme s'appointera à prouver, par exemple, non pas que la succession à elle échue comprenait diverses valeurs qui n'ont pas été inventoriées, mais que, d'après la commune renommée, *fama*, la succession devait avoir telle consistance.

Est-il besoin de signaler les graves inconvénients de ce genre de preuve, qui remet involontairement en mémoire ces vers de La Fontaine, cet observateur si perspicace de la nature humaine :

« Le nombre d'œufs, grâce à la renommée,
« De bouche en bouche allait croissant :
« Avant la fin de la journée,
« Ils se montaient à plus d'un cent. »

Ferrière, que nous citions tout à l'heure, a très bien

[1] DICTION. DE DROIT ET DE PRATIQUE, v° *Commune renommée*.

analysé les dangers de la preuve par commune renommée :

« Il n'y a rien, dit-il, de si crédule et de si aisé à surpren-
« dre que le peuple par une fausse opinion. Il ne faut qu'un
« homme qui commence à dire une chose pour être suivi
« d'une infinité d'autres. Il se fait un plaisir d'être l'auteur
« et pour ainsi dire le père de ceux qu'il appuie. La per-
« suasion s'en communique par une contagion secrète ; les
« espèces se multiplient et se grossissent tellement que
« d'un doute particulier il s'en forme une opinion univer-
« selle. C'est un écho qui rend les sons, et qui, les multi-
« pliant à l'infini, forme ce que nous appelons communé-
« ment renommée. »[1]

650. — Comment nos anciens jurisconsultes, et après eux les rédacteurs du Code, ont-ils été conduits à admettre une preuve aussi dangereuse ? Il y en a, croyons-nous, divers motifs.

En premier lieu, la femme, qui n'a pas l'administration de ses propres et qui est soumise à la puissance du mari, n'a rien à se reprocher si elle ne rapporte pas la preuve régulière de la consistance de la succession : la loi a donc dû lui faciliter le plus possible la preuve qu'elle doit faire.

En second lieu, le mari ne peut s'en plaindre, car il a manqué à l'obligation que la loi lui imposait, et dont l'accomplissement eût rendu si simple la preuve de la consistance de la succession.

En troisième lieu, et c'est le motif qui nous paraît le plus décisif en faveur de cette preuve exceptionnelle, la femme est dans une situation particulièrement difficile : elle n'a pas seulement les difficultés inhérentes à une preuve de la nature de celle qu'elle doit faire, mais il est à craindre que le mari, qui n'a pas fait faire inventaire et qui a intérêt à la perte des preuves qui établiront la consis-

[1] DICTION. DE DROIT ET DE PRATIQUE, v° *Preuve résultant de la commune renommée.*

tance de la succession échue à sa femme, ne les ait fait disparaître, ou du moins laissé disparaître.

C'est ce dernier motif qui explique que la preuve par commune renommée n'ait été admise par le législateur nouveau que dans notre hypothèse, en faveur de la femme commune en biens, tandis qu'elle est absolument proscrite dans le droit commun des preuves.

651. — Dans quel cas la preuve par commune renommée est-elle recevable ?

Observons d'abord qu'elle est recevable non seulement de la part de la femme, mais aussi de la part de ses héritiers, auxquels l'article 1415 accorde formellement ce droit : ce n'est d'ailleurs que l'application des principes ordinaires, les héritiers étant en général investis des droits pécuniaires qui appartenaient à leur auteur.

Il y a un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la question de recevabilité de la preuve par commune renommée est tranchée par les textes qui l'accordent à la femme : tels sont notre article 1415, qui autorise la preuve par commune renommée, soit pour fixer la part de la femme et de la communauté dans les dettes des successions mixtes, soit pour déterminer l'étendue des reprises mobilières de la femme ; l'article 1442, qui permet cette preuve pour établir la consistance de la communauté ; l'article 1504, qui, sous un régime excluant de la communauté tout ou partie du mobilier, autorise la femme ou ses héritiers à établir par commune renommée la consistance du mobilier par elle apporté ou recueilli.

Mais, en dehors de ces hypothèses textuellement prévues par le Code, la preuve par commune renommée est-elle admissible au profit de la femme ou de ses héritiers dans des hypothèses analogues ? La question est controversée, mais pour nous, nous croyons que cette preuve ne peut être admise par analogie, en dehors des cas expressément prévus par la loi : c'est une preuve exceptionnelle, nous venons de le dire, et c'est une preuve dangereuse,

laissant trop de place à l'exagération si habituelle de la voix publique; et ce double motif nous paraît suffisant pour faire exclure cette preuve toutes les fois qu'elle n'est pas formellement autorisée par un texte.[1]

652. — Nous croyons toutefois que la femme ou ses héritiers pourront établir par commune renommée que l'inventaire fait par le mari, dans le cas de l'article 1415, a été incomplet. Ce n'est pas là admettre la preuve par commune renommée en dehors des textes, puisqu'on se trouve dans une hypothèse où l'article 1415 autorise cette preuve: il est vrai que l'article parle du « défaut d'inventaire », mais à cette objection nous ferons deux réponses. La première, qu'à s'en tenir à ce sens littéral des mots, on peut dire qu'il y a défaut d'inventaire *in parte quâ*, pour les meubles que le mari n'a pas fait comprendre dans l'inventaire; la seconde, que le but du législateur, qui est de protéger la femme en autorisant cette preuve exceptionnelle, ne serait pas atteint s'il suffisait au mari de faire faire un inventaire tel quel, si incomplet qu'on veuille le supposer, pour s'y soustraire.[2]

653. — La femme ou ses héritiers pourront-ils prouver par commune renommée non seulement la consistance, mais l'existence même des libéralités à elle faites pendant le mariage, et qui n'ont pas été constatées par inventaire? La question se présente surtout pour les donations manuelles, que la femme prétend lui avoir été faites pendant le mariage, et elle a une grande importance notamment si le mobilier est exclu de la communauté, conformément aux articles 1500-1504: c'est alors surtout qu'il importe de savoir si la femme peut prouver par commune renommée l'existence de cette donation.

[1] Caen, 23 juin 1841, *sous Cassation*, 19 décembre 1842, Sirey, 43, I, 165; Douai, 13 janvier 1865, Sirey, 66, II, 61. — *Contrà*, Cassation, 17 janvier 1838, Sirey, 38, I, 162. — Troplong, II, n° 821 et suiv.; Rodière et Pont, II, n° 758.

[2] Angers, 15 juillet 1808, Sirey, C. N., II, II, 416. — *Compar.* Cassation, 28 novembre 1868, Sirey, 69, I, 110, et Dalloz, 69, I, 209.

L'affirmative a été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation,[1] mais cet arrêt se borne à affirmer « qu'en autorisant l'héritier de la femme à prouver, tant par titres « que par témoins, et même par commune renommée, les « valeurs mobilières acquises à la femme et reçues par le « mari, l'arrêt attaqué a fait une juste application de l'ar- « ticle 1504 du Code civil. »

Une seconde opinion, soutenue par M. Laurent[2] et un arrêt de la Cour de Bordeaux,[3] enseigne au contraire qu'il est plus juridique de rejeter la preuve par commune renommée pour s'en tenir aux preuves de droit commun, toutes les fois qu'il s'agit de prouver l'existence même de la donation. Cette opinion invoque, d'un côté, le caractère exceptionnel de la preuve par commune renommée, caractère exceptionnel que nous avons reconnu nous-même ; et, de l'autre, le texte des articles 1416 et 1504, qui n'admettent la preuve par commune renommée que pour déterminer « *la consistance et la valeur* » du mobilier non inventorié, et non pour établir « *l'existence* » du titre en vertu duquel la femme aurait recueilli le mobilier.

653 *bis*. — Nous reconnaissons que la question est délicate ; cependant nous croyons qu'il est plus conforme au but des articles 1442 et 1504 d'admettre la femme à prouver par ce moyen l'existence même du don manuel.

L'argument de texte des articles 1415 et 1504 doit, à notre avis, être écarté par les motifs suivants. D'abord ces textes sont écrits pour le mobilier recueilli par succession, et comme en pareil cas l'ouverture de la succession et la qualité d'héritière de la femme sont des faits indiscutables, les rédacteurs du Code n'ont pas eu à se préoccuper de la preuve de l'existence du titre. Pour la donation, il n'y a pas d'autre texte que l'article 1418, qui déclare applicables les articles 1411 et suivants aux donations : l'attention du lé-

[1] 28 novembre 1866, Sirey, 67, I, 110, et Dalloz, 67, I, 209.
[2] XXIII, n° 184.
[3] 26 janvier 1874, Sirey, 74, II, 140.

gislateur n'a donc pu être appelée sur la question que nous examinons ; elle n'est pas tranchée par les textes, et c'est par analogie qu'on doit la résoudre.

Or il nous paraîtrait contraire au vœu du législateur, qui est de protéger la femme contre l'absence de constatations, calculée peut-être, de la part du mari, de refuser à celle-ci la preuve par commune renommée. Que l'on y prenne garde d'ailleurs, si l'on n'admet pas ce genre de preuve, il faudra repousser aussi la preuve par papiers domestiques, la preuve par témoins, et s'en tenir au droit commun de l'article 1341 pour les donations supérieures à cent cinquante francs, à la preuve littérale ; et il nous semble que telle n'a pu être l'intention du législateur.

Nous croyons que cette solution n'est pas contraire à celle que nous venons d'admettre, en refusant d'autoriser la preuve par commune renommée en dehors des cas prévus par la loi :[1] ici nous sommes dans l'hypothèse même prévue par les articles 1415 et 1418, en admettant la femme à prouver, par commune renommée ou par papiers domestiques, qu'elle a reçu une donation de telle valeur pendant le mariage.

Admettre le système contraire nous paraîtrait très dangereux pour la fortune de la femme, avec le développement de la fortune mobilière à notre époque et la multiplicité des dons manuels.

654. — La femme peut établir ses droits de créance par commune renommée, dans l'hypothèse prévue par l'article 1415, non seulement vis-à-vis du mari ou de ses héritiers, qui le représentent, mais vis-à-vis des créanciers de celui-ci. L'article 1415 donne en effet à la femme le droit absolu de prouver par ce moyen l'étendue de sa créance, sans distinguer en présence de quel adversaire elle se trouve, le mari ou ses créanciers. D'ailleurs, les motifs qui ont fait introduire cette preuve exceptionnelle devaient conduire à

[1] *Suprà*, Tome II, n° 651.

l'accorder à la femme dans tous les cas, de manière à la protéger aussi bien contre les créanciers du mari que contre le mari lui-même, de manière, en un mot, à lui permettre de retrouver son patrimoine dont le mari a négligé de faire constater la consistance.[1]

Mais nous verrons, en étudiant les droits de la femme au moment de la dissolution de la communauté, que si elle peut employer la preuve par commune renommée à l'encontre des créanciers du mari pour établir la consistance du mobilier à elle échu, en tant qu'elle se borne à se présenter comme créancière du prix, elle ne serait pas recevable à faire cette preuve contre eux, si elle se présentait comme propriétaire de ce mobilier et qu'elle voulût en exercer la revendication : son droit de propriété devrait être établi contre les tiers par les preuves de droit commun.[2]

655. — Nous venons d'examiner les droits de la femme, dans le cas où les successions à elle échues n'ont pas été constatées par inventaire : étudions maintenant les conséquences du défaut d'inventaire vis-à-vis du mari, en ce qui concerne soit les successions échues à la femme, et dont il a intérêt à établir la consistance, soit les successions échues à lui personnellement.

L'article 1415, après avoir donné à la femme le droit de prouver la consistance du mobilier à elle échu « tant par « titres et papiers domestiques que par témoins et au be- « soin par commune renommée, » ajoute : « Le mari n'est « jamais recevable à faire cette preuve. »

Ce texte vise deux hypothèses, celle des successions échues à la femme, et celle des successions échues au

[1] Bordeaux, 20 juin 1828, Sirey, c. N., VIII, II, 245; Cassation, 29 novembre 1858, Sirey, 54, I, 641, et Dalloz, 54, I, 189; Angers, 26 mai 1869, Sirey, 70, II, 85, et Dalloz, 72, II, 238; Dijon, 17 juillet 1874, Sirey, 74, II, 250.

[2] Cassation, 19 juin 1855, Sirey, 55, I, 506; Dijon, 14 août 1872, Sirey, 72, II, 132.

mari ; et il décide que jamais le mari ne pourra établir la consistance des successions échues soit à la femme, soit à lui-même, par les modes exceptionnels de l'article 1415. On conçoit l'intérêt qu'il pourrait avoir à le faire quant aux successions échues à la femme, pour fixer la part contributoire de celle-ci dans le paiement des dettes.

Cette disposition est facile à justifier : le mari est en faute de n'avoir pas fait constater par inventaire les successions échues à la femme ou à lui-même, comme le lui prescrit l'article 1414, 2 ; et il ne peut trouver dans cette faute le droit à une preuve exceptionnelle et anormale.

656. — La disposition de l'article 1415, 2, ne signifie pas que le mari ne pourra prouver que par inventaire la consistance des successions échues soit à lui, soit à la femme, mais qu'il ne pourra les prouver que par des actes opposables à la femme, d'après les règles du droit commun.

Tels seront d'abord les actes analogues à l'inventaire, partage, compte de tutelle, inventaire commercial : tels seront, d'une manière plus générale, les actes de nature à établir la consistance du mobilier échu soit au mari, soit à la femme. Nous trouvons la preuve de l'exactitude de cette interprétation de l'article 1415 dans l'article 1504 : ce texte reproduit la règle de l'article 1415 sur la preuve par commune renommée au profit de la femme, lorsque les époux ont exclu de la communauté leur mobilier ; et il ajoute, en ce qui concerne le mobilier échu au mari, qu'il pourra faire la preuve, à défaut d'inventaire, par « un titre propre à justifier sa consistance et va-« leur. » Ces deux textes doivent se compléter l'un par l'autre, et la solution de l'article 1504 doit être appliquée par analogie sous le régime de la communauté légale.[1]

Il suit de là que les règlements faits entre époux, l'offre

[1] Cassation, 10 août 1842, Sirey, 42, I, 779. — Troplong, II, n° 816-817 ; Rodière et Pont, II, n° 761-762 ; Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 16 ; Colmet de Santerre, VI, n° 57 *bis* II ; Laurent, XXI, n° 466.

d'une preuve testimoniale, même appuyée d'un commencement de preuve par écrit, ne suffiraient pas pour établir la consistance de la succession échue au mari.[1]

Mais, si l'intérêt en litige était inférieur à cent cinquante francs, la preuve testimoniale ou la preuve par présomptions seraient recevables.[2]

657. — Les héritiers du mari ont-ils le droit de prouver par les modes exceptionnels de l'article 1415, notamment par commune renommée, la consistance de la succession échue au mari ? Oui, d'après MM. Rodière et Pont :[3] les savants auteurs font remarquer, d'abord, la différence de rédaction qui existe entre le 1er et le 2e alinéa de l'article 1415 ; tandis que l'alinéa 1er autorise la preuve par commune renommée au profit « de la femme ou ses héritiers, » l'alinéa 2e ne la défend qu'au mari, sans ajouter « et ses « héritiers » ; ils en concluent que cette preuve n'est pas défendue aux héritiers du mari. Ils ajoutent qu'il n'y avait aucun motif pour défendre aux héritiers du mari, auxquels n'est pas imputable l'omission commise par leur auteur, une preuve qui leur permettra de déjouer une fraude peut-être commise à leur préjudice.

Nous croyons que les héritiers du mari n'ont pas ce droit. Au point de vue des textes, nous croyons qu'il ne suffit pas que l'article 1415 ne refuse pas expressément la preuve par commune renommée aux héritiers du mari, pour que ceux-ci puissent y avoir droit ; il faudrait un texte formel, précis, pour la leur accorder, à raison du caractère exorbitant de cette preuve, et si l'article 1415, 2, n'était pas là, nous n'hésiterions pas à refuser ce mode de preuve à la fois au mari et à ses héritiers.

On objecte que les héritiers ne sont pas responsables du défaut d'inventaire : mais on oublie qu'ils sont les repré-

[1] Douai, 2 avril 1846, Sirey, 47, II, 413, et Dalloz, 47, II, 198.
[2] Colmet de Santerre, VI, n° 57 *bis* II.
[3] II, n° 762.

sentants du mari, qu'ils viennent en son lieu et place, et qu'ils n'ont pas d'autres droits que lui.

Notre conclusion est donc que les héritiers du mari seront, en principe, astreints aux mêmes modes de preuve que lui.[1]

658. — Nous apporterons toutefois, avec M. Colmet de Santerre,[2] une restriction à la théorie que nous venons d'exposer, et cette restriction va répondre à une critique de MM. Rodière et Pont : les savants auteurs font observer que le défaut d'inventaire a pu être concerté entre le mari et la femme, pour faire à celle-ci une libéralité au détriment des héritiers du mari. L'observation est exacte, mais alors, comme il y a fraude à la loi, les héritiers ne sont plus les ayants cause du mari : ils sont des tiers, défendant leur droit propre, et ils pourront prouver la fraude qu'ils alléguent par témoins et par présomptions, conformément aux principes ordinaires du droit, toutes les fois qu'il y a fraude.

Mais, même dans cette hypothèse, nous croyons qu'il faut refuser aux héritiers la preuve par commune renommée : c'est une preuve spéciale, que nous croyons mauvaise, mais qui est dans tous les cas exceptionnelle, et que le Code n'a admise qu'en faveur de la femme et de ses héritiers.

659. — Observons, en terminant nos explications sur la preuve par commune renommée, que si cette preuve est exceptionnelle au point de vue des faits dont les témoins déposent, et qui ne sont pas à leur connaissance personnelle, elle rentre dans le droit commun de la preuve testimoniale, au point de vue de la forme ; et elle est soumise aux règles des articles 252 et suivants du Code de procédure, au titre *Des Enquêtes*.

L'opinion contraire, qui dispense la preuve par com-

[1] Cassation, 10 août 1842, Sirey, 42, I, 779. — Troplong, I, n° 817 ; Colmet de Santerre, VI, n° 57 *bis* III ; Laurent, XXI, n° 467.
[2] *Op. et loc. citat.*

mune renommée de la forme des enquêtes ordinaires, et qui, notamment, autorise les tribunaux à renvoyer l'audition des témoins devant un notaire par eux commis, doit être rejetée par le motif suivant : la preuve par commune renommée est, en la forme, une preuve testimoniale ; elle rentre donc dans la généralité des termes des articles 252 et suivants du Code de procédure. D'ailleurs, il faudrait un texte formel pour enlever à la partie, contre laquelle cette preuve est faite, les garanties du serment prêté devant le juge, de la procédure des reproches, etc... ; la preuve par commune renommée est déjà assez dangereuse, par elle-même et au fond, pour qu'on n'en augmente pas les inconvénients par une forme trop sommaire.[1]

[1] Cassation, 17 janvier 1838, Sirey, 38, I, 162; 1er juin 1847, Sirey, 48, II, 46, et Dalloz, 47, IV, 339. — Troplong, II, n° 820 ; Rodière et Pont, II, n° 759.

SECTION III

Dettes contractées par le mari, et, dans certains cas, par la femme.

660. — La communauté se compose passivement, aux termes de l'article 1409, 3° « des dettes, tant en capitaux « qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pen- « dant la communauté, ou par la femme de consentement « du mari, sauf la récompense dans les cas où elle a « lieu. »

Cette matière, des dettes contractées par le mari ou par la femme, se rattache principalement à notre chapitre III, *De l'administration des biens de la communauté et des biens propres des époux* : c'est là que nous l'étudierons, et nous allons nous borner, dans la présente section, à indiquer l'effet général de ces dettes au point de vue du passif de la communauté.

Les dettes contractées par le mari grèvent toujours la communauté, et Pothier, en indiquant cette solution déjà reçue, dans notre ancien droit, en donne très bien le motif :

« Le mari, étant, pendant que le mariage et la commu- « nauté durent, seul maître de cette communauté, ayant « le droit d'en disposer à son gré, tant pour sa part que « pour celle de sa femme, sans son consentement, même « de perdre et de dissiper les biens qui la composent ; c'est « une conséquence que la communauté est tenue de toutes

« les dettes qu'il contracte pendant que durent le mariage « et la communauté. »[1]

Les dettes du mari sont à la charge de la communauté dans tous les cas, quelle qu'en soit la cause, que la dette soit relative aux intérêts de la communauté ou aux intérêts propres du mari : comme s'il avait cautionné un de ses amis, dans les affaires duquel il n'a aucun intérêt pécuniaire, suivant l'exemple que nous donne Pothier. Il pourra y avoir lieu, lorsque la dette est étrangère à la communauté, à récompense, suivant les principes que nous exposerons en étudiant l'article 1437 ; mais la communauté n'en est pas moins tenue, provisoirement, du paiement de ces dettes.[2]

661. — Il importe peu aussi que les dettes du mari soient antérieures ou postérieures au mariage : si elles sont antérieures, elles sont à la charge de la communauté en vertu de l'article 1409, 1°, comme dettes mobilières dont le mari était grevé au moment du mariage ; et, si elles sont postérieures, elles incombent à la communauté en vertu des pouvoirs qui appartiennent au mari comme chef de la communauté, conformément à l'article 1409, 2°.[3]

Peu importe encore que la dette du mari provienne d'un contrat ou d'un quasi-contrat, ou même d'un quasi-délit ou d'un délit : l'article 1409, 2°, ne vise que les dettes contractuelles du mari, « les dettes *contractées* par le mari », mais les pouvoirs qui appartiennent au mari sur la communauté rendent obligatoires pour la communauté tous les engagements qu'il contracte, quelle qu'en soit la cause. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'article 1424, qui décide que même les amendes encourues par le mari peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté : seulement, en cas de délits ou de quasi-délits, le mari peut être obligé à récom-

[1] *Traité de la communauté*, n° 248.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 248 ; Troplong, II, n° 721 ; Laurent, XXI, n° 427.

[3] Duranton, XIV, n° 308 ; Troplong, II, n° 846 ; Laurent, XXI, n° 427.

pense envers la communauté, et nous devrons examiner cette question en étudiant l'article 1424.[1]

Peu importe enfin que le mari se soit obligé ou non comme chef de la communauté : par suite des pouvoirs qui lui appartiennent sur les biens de la communauté et de la confusion qui s'opère, pendant le mariage, entre le patrimoine de la communauté et celui du mari, la dette est toujours à la charge de la communauté, eût-elle été contractée par le mari en son nom personnel et dans l'intérêt de ses propres. Seulement il y a lieu alors à récompense au profit de la communauté, suivant les principes que nous développerons en étudiant l'article 1437.[2]

662. — En principe, les dettes contractées par la femme ne sont point à la charge de la communauté, mais, si elle s'est obligée avec l'autorisation du mari, l'article 1409, 2°, décide qu'elle oblige la communauté : le motif en est que si le mari a autorisé la femme à contracter une dette, c'est probablement parce que la communauté devait profiter de cet engagement.

C'est sur cette présomption qu'est fondée la règle de l'article 1409, 2°, car la femme n'ayant aucun pouvoir sur les biens communs pendant la durée de la communauté, les obligations qu'elle contracte ne devraient pas pouvoir être exécutées sur les biens communs : mais le législateur a pensé, avec raison selon nous, que l'on devait faire exception dans le cas d'autorisation du mari. Il est vraisemblable que celui-ci n'aurait pas donné son autorisation si la communauté n'y avait pas trouvé un profit.[3]

L'article 1410, complétant l'article 1409, 2°, porte que si la femme a été autorisée par son mari, ses créanciers ont action non seulement sur les biens de la communauté, mais aussi sur ceux du mari : c'est là encore une disposition

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* XV ; Laurent, XXI, n° 426.
[2] Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* XIII et 41 *bis* XVI ; Laurent, XXI, n° 425.
[3] Duranton, XIV, n° 247 ; Laurent, XXI, n° 428.

exceptionnelle, qui déroge à la règle « *qui auctor est, non « se obligat.* »

Cette exception repose sur une idée que nous avons déjà signalée : pendant la durée de la communauté, l'étendue des pouvoirs qui appartiennent au mari sur la communauté établit une véritable confusion entre les deux patrimoines, celui du mari et celui de la communauté ; et, de même que les dettes personnelles du mari obligent la communauté, de même les dettes qui sont à la charge de la communauté sont à la charge du mari.[1]

Toutefois l'article 1419, comme l'article 1409, 2°, ajoute que les dettes contractées par la femme ne sont à la charge de la communauté et du mari que sauf récompense à la communauté, ou indemnité au mari, ainsi que nous le verrons avec la théorie générale des récompenses écrite dans l'article 1437.

663. — Il résulte de ce que nous venons de dire au numéro précédent qu'il importe peu, au point de vue du droit de poursuite des créanciers qui ont traité avec la femme autorisée du mari, qu'en fait celle-ci se soit obligée dans son intérêt personnel et non dans celui de la communauté. Dans l'un comme dans l'autre cas, la communauté est obligée, et la seule conséquence du profit personnel que la femme a retiré de l'obligation sera de créer en faveur de la communauté le droit à une récompense.[2]

De plus, le jugement rendu contre la femme assistée de son mari est de plein droit exécutoire contre la communauté, bien que le mari n'ait pas été appelé au procès en son nom personnel, mais seulement pour autoriser sa femme.[3]

664. — La règle que nous venons d'indiquer, et d'après

[1] Laurent, XXI, n° 429-431.

[2] Rouen, 27 mai 1854, Sirey, 55, II, 17, et Dalloz, 54, II, 248. — Rodière et Pont, II, n° 786; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 34, p. 323.

[3] Paris, 15 février 1887, *Pandectes françaises*, 87, II, 130.

laquelle la femme autorisée par son mari oblige la communauté et le mari, comporte une ou (suivant l'opinion que l'on adopte), deux exceptions ; l'une certaine, que nous avons étudiée avec l'article 1413, l'autre, très controversée que nous verrons avec l'article 1432.

L'article 1413 décide, ainsi que nous l'avons dit, que pour les dettes grevant une succession immobilière (ou une donation), échue à la femme et acceptée avec l'autorisation du mari, le recouvrement ne peut en être poursuivi que sur les biens personnels de la femme, point sur ceux de la communauté ou du mari.[1]

Quant à l'article 1432, que nous étudierons dans le chapitre III, *De l'administration des biens de la communauté et des biens propres des époux*, il se réfère à l'obligation solidaire prise par le mari pour garantir la vente des immeubles propres à la femme ; et c'est une question controversée, comme nous le verrons, que de savoir si la simple autorisation donnée par le mari à la femme, de vendre un de ses immeubles propres oblige celui-ci.

[1] *Suprà*, Tome II, n° 636.

SECTION IV

Charges incombant d'ordinaire aux usufruitiers et intérêts des dettes personnelles des époux.

665. — L'article 1409, 4°, met à la charge de la communauté les réparations usufructaires des immeubles qui n'entrent point en communauté : cette solution est conforme aux principes généraux du droit, car, la communauté faisant siens les revenus des époux, elle doit supporter le coût des réparations usufructaires, qui forment une charge des revenus.

Ces réparations constituent une dette définitive de la communauté, qui ne pourra exercer de ce chef aucun recours contre l'époux sur les immeubles duquel les réparations ont été faites.

Quant au sens des mots « réparations usufructaires, » nous n'avons pas à le donner ici, car il est le même qu'en matière d'usufruit, et il comprend toutes les réparations qui ne sont pas qualifiées « grosses réparations » par l'article 605.

666. — Il y a, au point de vue des réparations aux immeubles propres des époux, des différences notables entre la situation de la communauté et celle d'un usufruitier : elles apparaîtront lorsque nous traiterons des droits et des

obligations du mari comme administrateur des propres de la femme, et des récompenses entre la communauté et les époux. Mais nous devons, dès à présent, signaler deux de ces différences.

En premier lieu, tandis que l'usufruitier n'est jamais responsable pour n'avoir pas fait faire les grosses réparations, puisqu'aucun principe de droit ne l'y oblige, la communauté est responsable du dommage causé aux biens propres de la femme, par suite du défaut de grosses réparations. Le mari est en effet obligé, en sa qualité d'administrateur des biens propres de la femme, de les tenir en bon état de réparations de toute nature, même de grosses réparations, sauf récompense à la communauté qui en aurait fait l'avance; et il est responsable, et la communauté avec lui, du préjudice causé à la femme par cette infraction à ses obligations d'administrateur. Par application de ce principe, la communauté devrait payer *de suo* les grosses réparations qui auraient été rendues nécessaires aux propres de la femme par le défaut de réparations d'entretien.[1]

667. — Que décider si le mari a négligé de faire des réparations d'entretien à ses biens propres, et que ce défaut de réparations ait rendu nécessaires de grosses réparations? Il est certain que la dépense intégrale des grosses réparations ne peut être à la charge de la communauté, car ce serait faire supporter par la communauté, et comme conséquence par la femme, les résultats de la faute du mari lui-même.

Mais, si la communauté ne doit pas la dépense intégrale des grosses réparations, ne doit-elle pas du moins y contribuer dans la mesure de ce qu'auraient coûté les réparations d'entretien, si le mari les avait faites? La question est discutée, mais nous croyons qu'en principe la communauté doit payer ce qu'elle aurait déboursé pour les répa-

[1] Rodière et Pont, II, n° 856; Laurent, XXI, n° 478.

rations d'entretien, et qu'il n'y aura d'exception à ce principe que si elle éprouve elle-même un préjudice par suite de l'absence de grosses réparations.

En principe, disons-nous, la communauté doit contribuer dans cette mesure à la dépense : le motif en est qu'elle ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'un des époux, et c'est ce qui arriverait si ses revenus n'avaient pas été diminués par suite de l'absence de réparations usufructaires, et que le mari dût faire, de sa poche et en une fois, les réparations que la communauté aurait payées chaque année, si le mari avait été meilleur administrateur.

Nous ajoutons que, par exception, le prix des réparations d'entretien ne devrait pas être payé par la communauté, ou ne devrait l'être que pour partie, si la communauté avait souffert dans le passé ou devait souffrir dans l'avenir du défaut de réparations. De même que la communauté ne peut pas s'enrichir par la faute du mari, de même cette faute ne peut pas lui nuire ; et si ses revenus ont été diminués ou s'ils doivent l'être, elle ne devra pas fournir le prix des réparations d'entretien, ou elle ne devra le fournir que déduction faite du montant du préjudice qu'elle en a elle-même éprouvé.[1]

668. — Une seconde différence importante entre la situation de l'usufruitier et celle de la communauté, différence que nous étudierons avec l'article 1437, c'est que la communauté, à la différence de l'usufruitier et contrairement à la solution de l'article 599, peut réclamer une indemnité pour les améliorations qu'elle a apportées aux immeubles propres de l'un ou de l'autre des époux.

Nous aurons même à nous demander, à ce propos, si les ouvriers qui ont construit ou reconstruit par l'ordre du mari sur l'immeuble propre de la femme n'ont pas une action directe contre celle-ci, en même temps qu'une action

[1] *Compar.* en sens divers : Duranton, XIV, n° 261 ; Troplong, II, n° 757 ; Rodière et Pont, II, n° 851 ; Laurent, XXI, n° 473.

contre le mari qui a commandé les travaux, et contre la communauté, tenue sauf récompense de toutes les dettes contractées par le mari.

669. — L'article 1409, 4°, ne met à la charge de la communauté, que les réparations usufructaires : ce texte est incomplet, et il faut ajouter à cette énonciation toutes les charges qui, d'ordinaire, incombent à l'usufruitier, paiement des impôts, frais des procès concernant la jouissance des biens, et en général, suivant les expressions de l'article 608, les charges qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits.[1]

670. — L'article 1409, 3°, indique spécialement comme incombant à la communauté les arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux : c'est là une charge de l'usufruit (article 612), et la communauté, qui jouit des revenus des propres, doit payer ces dettes qui, d'ordinaire et pour le père de famille prévoyant, s'acquittent aux dépens des revenus.[2]

Ce texte n'est pas écrit pour les dettes qui sont tombées pour le capital dans la communauté, comme les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au moment du mariage : pour celles-là, la communauté en doit le principal, à plus forte raison en doit-elle les intérêts. Mais l'article 1409, 3°, s'applique aux dettes qui ne sont pas du tout entrées en communauté quant au capital, comme les dettes immobilières dont les époux étaient grevés au moment du mariage, ou les dettes des successions immobilières qui leur échoient au cours du mariage ; il s'applique encore aux dettes qui sont entrées dans la communauté, mais provisoirement et sauf récompense, comme les dettes mobilières contractées dans l'intérêt d'un immeuble propre à l'un des époux.

[1] Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 38, p. 324; Colmet de Santerre, VI, n° 42 *bis* II; Laurent, XXI, n° 472.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 247; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 35, p. 323; Colmet de Santerre, VI, n° 42 *bis* I; Laurent, XXI, n°s 470-471.

SECTION V

Des charges résultant du mariage.

671. — L'article 1409, 5°, porte que la communauté se compose passivement « des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants, et de toute autre charge « du mariage. » Le motif de cette disposition est le même que celui qui fait peser sur la communauté les charges usufructaires : les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants sont des charges qu'un père de famille soigneux acquitte avec ses revenus, c'est donc la communauté, qui encaisse les revenus, qui doit les payer.

672. — Il faut assimiler à la dette d'aliments nécessaires aux époux les autres dettes modiques qui s'acquittent d'ordinaire sur les revenus : c'est ce qui résulte du texte de l'article 1409, 5°, qui parle de « toute autre charge « du mariage, » et de la corrélation que le législateur a voulu établir entre l'actif et le passif ; la communauté doit supporter toutes les charges des revenus, puisqu'elle profite de tous les revenus.

Ainsi la communauté devra faire face aux frais de maladie de l'un ou de l'autre des époux, même aux frais de dernière maladie, car la communauté existant encore et percevant les revenus des époux doit payer cette dépense, qui est une charge des revenus.[1]

[1] Bastia, 28 février 1840, Dalloz, Répert. alphab., V° *Contrat de mariage*, n° 1107. — Troplong, II, n° 762; Laurent, XXI, n° 478.

673. — La jurisprudence nous fournit une application intéressante de ces principes, en décidant que les frais d'interdiction du mari doivent être à la charge de la communauté :

« Attendu, en droit, qu'aux termes de l'article 1409, 5, « du Code civil, la communauté se compose passivement « des aliments des époux, de l'éducation et entretien des « enfants, et de toute autre charge du mariage ; que ces « dernières expressions comprennent, dans leur généra- « lité, toutes les dépenses occasionnées par les maladies « physiques et intellectuelles des époux, et notamment « les frais d'interdiction du mari et les suites de cette in- « terdiction ;

« Qu'en effet la communauté est intéressée au plus haut « degré à ce que le mari qui, suivant les articles 1421 et « 1422 du même code, a le droit de disposer de son actif « d'une manière absolue, soit privé de cette faculté, lors- « qu'il est incapable d'en user avec discernement ;

« Qu'enfin l'article 1487 du Code civil explique l'article « 1409, en indiquant que les époux ne doivent récompense « à la communauté que de ce qui leur a profité personnel- « lement, et que tel n'est pas l'effet de l'interdiction du « mari, laquelle sauvegarde les intérêts de la communauté « elle-même. »[1]

Nous croyons qu'il faut étendre la même solution aux frais d'interdiction de la femme : sans doute la communauté n'y a pas le même intérêt, car les actes de la femme aliénée ne peuvent compromettre la communauté au même degré que les actes du mari chef de la communauté. Mais c'est là une dépense occasionnée par la maladie de la femme, une suite de cette maladie, et à ce titre la communauté doit en être chargée : de plus c'est une dépense re-

[1] Arrêt de la cour de Caen (et non de Rouen, comme l'indiquent Sirey et Dalloz), 30 juin 1871, *Rec. de Caen*, 71, p. 164 ; Sirey, 71, II, 279, et Dalloz, 72, V, 93.

lativement modique, qui doit s'acquitter avec les revenus dont la communauté a le profit.

674. — L'obligation pour la communauté de payer les aliments nécessaires aux époux et aux enfants existerait même dans le cas où la femme aurait vécu séparée de son mari, malgré la volonté de celui-ci : cela ne veut pas dire, sans doute, que la personne qui a logé et nourri la femme et les enfants, malgré le mari, a contre la communauté une action directe, au même titre que si elle avait traité avec le mari chef de la communauté, ou de son consentement. Mais cette personne a fait l'affaire de la communauté, en faisant l'avance de dépenses alimentaires qui étaient à la charge de la communauté ; et, comme il n'est permis à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui, la communauté sera tenue de cette dette, dans la limite où son affaire a été bien gérée.[1]

675. — Les dépenses d'éducation et d'entretien des enfants, que l'article 1409, 5°, met à la charge de la communauté, comprennent même les dépenses des enfants nés d'un mariage antérieur de l'un ou de l'autre des conjoints : il est probable que l'article 1409, 5°, ne vise dans son texte que les enfants nés du mariage, mais l'obligation de l'époux, vis-à-vis des enfants du premier lit, de leur donner l'éducation et de fournir à leur entretien est une charge des revenus, et elle incombe à ce titre à la communauté.[2]

La solution que nous venons de donner, pour l'enfant né du mariage antérieur de l'un des époux, est applicable à l'enfant naturel qui aurait été reconnu par l'un d'eux avant son mariage : le motif est le même, c'est toujours

[1] Besançon, 15 juillet 1874, Dalloz, 74, II, 219.

[2] Caen, 29 mars 1844, Sirey, 44, II, 348; Paris, 19 avril 1865, Sirey, 65, II, 35. — Troplong, II, nos 757-758; Rodière et Pont, II, nos 853-854; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 40, p. 324; Colmet de Santerre, VI, n° 42 *bis* IV; Laurent, XXI, n° 477.

une dette annuelle, qui doit être payée par celui qui profite des revenus.[1]

676. — Que faut-il décider quant aux enfants naturels qui seraient reconnus par l'un des époux pendant le mariage ?

La solution de cette question dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 337 : pour la reconnaissance volontaire, il est certain, par le texte même de l'article 337, qu'elle ne peut nuire ni au conjoint de l'époux qui fait la reconnaissance, ni aux enfants nés du mariage ; et, par suite, la dette dont cet époux est tenu vis-à-vis de lui ne peut être à la charge de la communauté.[2]

Quant à la reconnaissance forcée ou judiciaire, c'est une question très controversée que de savoir si elle est soumise à la règle de l'article 337 : nous n'avons pas à examiner ici cette question, qui se rattache à l'étude l'article 337. Constatons seulement que, dans l'opinion qui assimile la déclaration judiciaire à la reconnaissance volontaire,[3] on doit décider que dans les deux cas la dette n'est pas à la charge de la communauté.[4]

677. — Lorsque les enfants nés d'un précédent mariage de l'un des époux ont des revenus suffisants pour subvenir à leur entretien et à leur éducation, et que le père ou la mère n'ont pas la jouissance légale de ces revenus, la communauté n'est pas tenue des frais d'entretien et d'éducation, qui devront être supportés par l'enfant sur ses pro-

[1] Paris, 9 mars 1860, Sirey, 60, II, 237, et Dalloz, 60, II, 248; Dijon, 2 juillet 1868, Dalloz, 69, II, 91. — Troplong, II, n° 757 ; Rodière et Pont, II, n° 654; Laurent, XXI, n° 477.

[2] Rodière et Pont, II, n° 854 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte, p. 324.

[3] Lyon, 17 mars 1863, Sirey, 63, II, 205; Pau, 28 juin 1864, Sirey, 64, II, 246, et Dalloz, 64, II, 159. — *Contrà*, Caen, 19 janvier 1867, Sirey, 68, II, 86 ; Pau, 17 janvier 1872, Sirey, 72, II, 233, et Dalloz, 75, II, 193; Douai, 29 janvier 1879, Sirey, 79, II, et Dalloz, 80, II, 213. — Aubry et Rau, VI, § 568 *quater*, p. 186; Demolombe, V, n° 461 ; Laurent, IV, n° 130.

[4] Cassation, 16 décembre 1861, Sirey, 62, I, 420, et Dalloz, 62, I, 39.

pres ressources. Le motif en est que l'époux cesse, dans ce cas, d'être tenu de subvenir à l'entretien et à l'éducation des enfants ; et la communauté, qui n'était obligée que comme substituée aux obligations de l'époux, en est déchargée en même temps que lui.[1]

[1] Bastia, 29 décembre 1856, Sirey, 57, II, 333. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 270 ; Troplong, II, n° 759 ; Rodière et Pont, II, n° 853 ; Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 41, p. 324.

SECTION VI

Des frais de scellés, d'inventaire et de liquidation.

678. — Aux termes de l'article 1482, les frais de scellés, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage font partie des dettes de la communauté : cette solution, que donnait Pothier,[1] s'explique par les motifs suivants.

Si la communauté est acceptée par la femme, tous ces frais sont utiles aux deux copartageants, et doivent se prendre de préférence sur la masse à partager.

Si la femme renonce, les frais de scellés, d'inventaire, l'inventaire fût-il provoqué par elle, et les frais de liquidation doivent aussi être payés par la communauté : en effet, si la femme est survivante, l'article 1456 lui impose l'obligation de faire faire inventaire ; de plus et dans tous les cas, l'article 1494 décharge la femme renonçante de toute contribution dans les dettes de la communauté, et parmi ces dettes figurent celles énumérées dans l'article 1482.[2]

[1] *Traité de la communauté*, n° 274.

[2] Rouen, 1er juillet 1841, Sirey, 41, II, 490. — Aubry et Rau, V, § 508, texte et note 43, p. 324 ; Laurent, XXI, n° 479.

679. — Les frais d'inhumation du conjoint prédécédé, les frais de deuil de la femme, si elle survit, et les droits de mutation ne sont point à la charge de la communauté. L'article 1481 le décide formellement pour les frais de deuil de la veuve, que ce texte met à la charge des héritiers du mari.

Il doit en être de même des frais funéraires, auxquels se rattachent les frais de deuil de la veuve : « La raison est, « disait Pothier, que ces frais ne se font qu'après la mort, « auquel temps il n'y a déjà plus de communauté, puis- « qu'elle a été dissoute par la mort du conjoint. »[1]

La solution est la même pour les droits de mutation, droits auxquels la mort de l'époux et la dissolution de la communauté donnent seuls ouverture.

[1] *Traité de la communauté*, n° 275.

CHAPITRE III

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ ET DES BIENS PROPRES DES ÉPOUX.

680. — Sous le régime de la communauté, dans notre ancien droit, toute l'administration de la communauté et des biens propres des époux était réunie dans les mains du mari, comme chef de la communauté ; le mari en était, ainsi que nous l'avons dit, seigneur et maître, suivant les expressions de l'article 225 de la coutume de Paris : « Le « mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles « par lui faits durant et constant le mariage de lui et de « sa femme. »

D'un autre côté, quant aux biens propres de la femme, le mari en avait seul l'administration : « La puissance ma- « ritale, dit Pothier, ne donne pas à la vérité au mari *jus* « *dominii* sur les immeubles propres de sa femme ; mais « elle lui donne, par rapport aux dits biens, une espèce de « droit de bail et de gouvernement. »[1]

Mais c'est à tort, croyons-nous, que Pothier rattachait le droit d'administration du mari sur les biens propres de la femme à la puissance maritale : la puissance maritale existe sous tous les régimes, et cependant sous le régime

[1] *Traité de la puissance du mari*, n° 86.

de la séparation de biens le mari n'a pas l'administration des biens de la femme. Ce droit d'administration est un corollaire des droits du mari comme chef de la communauté ; le même motif qui lui fait donner des pouvoirs étendus et exclusifs sur les biens communs, l'utilité d'une administration unique dans le ménage, lui a fait attribuer l'administration des biens de la femme, biens dont la communauté a la jouissance.

681. — Le projet de Cambacérès renfermait, ainsi que nous l'avons déjà indiqué,[1] des dispositions qui bouleversaient l'ancienne théorie sur les pouvoirs du mari comme chef de la communauté et administrateur des biens de la femme. Dans ce projet, l'administration appartenait également au mari et à la femme, et les actes de disposition sur le patrimoine de l'un ou de l'autre des deux époux n'étaient valables que s'ils étaient consentis par l'un et l'autre des époux.

Cette innovation, d'une portée considérable, a été abandonnée par Cambacérès lui-même dans son troisième projet, et complètement répudiée par le Code : elle a été reprise par M. Laurent dans son *Avant-projet de révision du Code civil*, et nous avons combattu plus haut[2] cette théorie, aussi funeste, selon nous, à l'harmonie du ménage qu'à sa prospérité matérielle.

682. — Le système du Code civil est résumé tout entier dans les articles 1422 et 1428 : « Le mari administre seul « les biens de la communauté » (article 1422). — « Le mari « a l'administration de tous les biens personnels de la fem- « me » (article 1428). Si nous ajoutons que le mari conserve après le mariage l'administration et le droit de disposition de ses biens propres, comme il l'avait avant le mariage, nous aurons l'idée générale qui préside à l'administration des biens des époux mariés sous le régime de la communauté.

[1] *Suprà*, Tome I, nos 32 et 73-75.
[2] *Suprà*, Tome I, nos 73-75.

Mais, en ce qui concerne les biens de la communauté, le mari n'est pas seulement l'administrateur, il est le chef de la communauté, et il a, à ce titre, un droit de disposition dont nous allons avoir à fixer l'étendue. De plus, si la femme n'a le droit d'administrer ni la communauté ni ses biens propres, en principe, néanmoins tous les actes qu'elle passe et tous les engagements qu'elle contracte ne sont pas dépourvus de valeur juridique.

Observons enfin que cette administration de la communauté et des biens propres des époux peut donner lieu à des récompenses, toutes les fois que la communauté s'enrichira aux dépens de l'un des époux, ou l'un des époux aux dépens de la communauté, ou enfin l'un des époux au détriment de l'autre.

De là la division de notre Chapitre III en quatre sections :

I. — *De l'administration de la communauté et des engagements du mari.*

II. — *De l'administration des biens propres de la femme.*

III. — *Des engagements contractés par la femme pendant la communauté.*

IV. — *Des récompenses ou indemnités dues par la communauté aux époux, par les époux à la communauté, ou par les époux l'un à l'autre.*

682 *bis.* — Avant d'aborder l'examen de ces diverses questions, il importe de remarquer que l'adoption du régime de la communauté laisse au mari, chef de la communauté, une indépendance absolue en ce qui concerne l'administration et la disposition de son patrimoine personnel : il peut non seulement l'administrer, mais en disposer comme bon lui semble, l'aliéner, l'hypothéquer, etc...

Nous trouvons une importante application de ce principe lorsqu'une succession échoit au mari : celui-ci est maître de l'accepter, même si elle est mauvaise, ou de la refuser,

même si elle est bonne; et la femme n'a aucun moyen de faire rétracter l'acceptation ou la renonciation.

Bien plus, le mari ne doit, en principe, aucune indemnité à la communauté pour l'avoir appauvrie en acceptant une succession mauvaise, et dont les dettes seront définitivement à sa charge, si la succession est mobilière; ni pour avoir manqué à l'enrichir, en refusant une succession opulente. Il ne devrait y avoir d'exception à ce principe que s'il était prouvé que le mari a agi en fraude des droits de la communauté et par suite des droits de la femme, auquel cas le mari devrait indemniser la communauté.[1]

[1] Rodière et Pont, II, nos 748-749; Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 1, p. 373. — *Compar.* Troplong, II, nos 788 et 827.

SECTION I

De l'administration de la communauté et des engagements du mari.

683. — Nous diviserons l'étude de cette question en trois paragraphes :

§ I. — *Des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté.*

§ II. — *Des engagements contractés par le mari pendant la communauté.*

§ III. — *De l'exercice des actions dirigées au nom de la communauté ou contre elle.*

§ I

Des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté.

684. — Dans notre ancien droit, le mari avait sur les biens de la communauté les pouvoirs les plus étendus : il pouvait disposer de ces biens d'une manière absolue par des actes à titre onéreux ; il pouvait même en disposer à son gré par donation entre vifs.

Beaumanoir exprime dans les termes que nous reproduisons ci-après l'étendue des pouvoirs du mari :

« ... Si tost comme mariage est fes, li bien de l'un et de « l'autre sont commun par le vertu du mariage. Mais voirs « est que tout comme ils vivent ensemble, li hons en est « mainburnissières, et convient que la feme suefre et « obéisse de tout comme il appartient à lor meubles et as « despuelles de lor héritages ; tout soit ce que ly feme y « voie se perte tout apertment, si convient-il qu'elle suefre « le volonté de son segneur. »[1]

Pothier résume dans les lignes suivantes les caractères essentiels de ce pouvoir exorbitant du mari :

« Cette communauté entre conjoints par mariage, dit-il, « est exorbitante des sociétés ordinaires. Dans celles-ci, « chaque associé a un droit égal ; au contraire, dans la « communauté entre conjoints, la puissance que le mari a « sur la personne et les biens de sa femme le rend chef de « cette communauté, et lui donne, en cette qualité, le droit « de disposer à son gré, à tel titre que bon lui semble, « même de donation entre vifs, de toutes les choses qui la « composent, tant pour la part de sa femme que pour la « sienne, sans le consentement de sa femme, laquelle, de « son côté, n'a le droit de disposer de rien. C'est pour cette « raison que le mari, pendant que la communauté dure, « est réputé en quelque façon comme le seul seigneur et « maître absolu des biens dont elle est composée, et que « le droit qu'y a la femme n'est regardé, pendant que la « communauté dure, que comme un droit informe, qui se « réduit au droit de partager un jour les biens qui se trou- « veront la composer lors de la dissolution... »[2]

Dumoulin a, dans un passage souvent cité, et qui mérite de l'être, car il précise dans des expressions très saisissantes l'organisation de la communauté dans l'ancien droit, décrit comme il suit le rôle effacé de la femme dans l'administration conjugale :

[1] Les Coutumes de Beauvoisis, Chapitre XXI, *Comment compaignie se fet par coustume*, n° 1 (Edit. Beugnot, I, p. 303.)

[2] *Traité de la communauté*, n° 3.

« *Uxor non est socia æque principaliter, nisi post obitum*
« *viri, vel soluto matrimonio.* »

Et plus loin :

« *Uxor non tenetur nisi ad casum communionis, cujus*
« *non est interim domina, sed maritus ; et sic non est pro-*
« *prie socia, sed speratur fore...* »[1]

685. — Dans la majorité des coutumes, disons-nous, le mari pouvait disposer même par donation entre vifs des biens de communauté : toutefois ce droit, qui était limité par certaines coutumes à la part du mari dans la communauté (Voir notamment Tours, art. 254), reçut bientôt une exception, pour le cas où la donation faite par le mari n'aurait d'autre but que de faire fraude aux droits de la femme :

« ...Me semble, dit Guy Coquille, que si le mari donne
« sans mérite ou cause apparente, et la chose donnée fust
« en valeur notable, la donation ne vaudrait au préjudice
« de la femme, parce que, selon droict, quelque grande li-
« berté qu'aucun ait à administrer affaires, la condition y est
« tacite qu'aucune chose ne se face par dol et fraude...

« Donques, si le mary alienne en fraude les biens de la
« communauté, si c'est à titre lucratif, la donation sera ré-
« voquée pour la part que la femme a en la chose donnée,
« ores que le donataire ne soit participant de la fraude. »[2]

Guy Coquille enseigne même que les aliénations *à titre onéreux*, que le mari aurait faites en fraude des droits de sa femme, non seulement seraient nulles au respect du mari ou de ses héritiers, auxquels la femme pourrait demander récompense, mais qu'elles pourraient être révoquées, si l'acquéreur était de mauvaise foi :

« .... Si c'est à titre onéreux que le mary ait aliéné en
« fraude, si l'acquéreur est participant de la fraude, la révo-
« cation se fera comme dessus ; s'il n'en est pas participant,

[1] *Commentar. in Consuetudines Parisienses*, Tit. X, § 119 (Tome I, page 880, Edit. de 1681.)

[2] COUSTUMES DE NIVERNOIS, *Des droits des gens mariez*, Article III (page 520, Edit. de 1610.)

« l'aliénation tiendra, mais le mari ayant fait fraude, ou ses « héritiers, seront tenus de récompenser la femme. »[1]

Cette exception, qui permettait d'annuler les actes frauduleux du mari, devint bientôt la règle générale du droit coutumier, à ce point que Pothier en fait l'un des deux axiomes qui résument l'étendue des droits du mari sur les biens de communauté.[2] Après avoir indiqué, dans le premier axiome, que le mari, « seul seigneur des biens de « la communauté tant qu'elle dure, » peut disposer à son gré des biens qui la composent, Pothier ajoute le second axiome suivant : « Ces dispositions néanmoins ne sont va- « lables qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude « de la part que la femme et les héritiers de la femme ont « droit d'y avoir lors de la dissolution de la communauté ; « il ne peut surtout s'en avantager, ni ses héritiers, au « préjudice de cette part. »[3]

C'était d'ailleurs la disposition formelle de plusieurs coutumes, notamment de l'article 225 de la coutume de Paris.[4]

686. — Si le droit du mari de disposer entre vifs des biens de la communauté, à titre gratuit ou onéreux, était absolu, sauf le cas de fraude, il ne pouvait au contraire disposer par testament de la part de la femme dans ces biens.

Plusieurs coutumes s'en expliquaient formellement, notamment la coutume de Nivernais :

« Par testament et ordonnance ayant trait à mort, ledit « mari ne peut disposer au préjudice de sa dite femme de « la part d'elle ès dits meubles, crédits et conquests, sans « l'exprès consentement d'elle ; et la disposition faite au « contraire est nulle. »[5]

Pothier donne très exactement le motif de cette exception :

[1] *Op. et loc. citat.*
[2] *Suprà*, Tome I, n° 27.
[3] *Traité de la communauté*, n° 467.
[4] *Suprà*, Tome I, n° 27.
[5] Titre *Des droits des gens mariez*, Article III.

« Les dispositions testamentaires n'ayant d'effet qu'à la « mort du testateur, le mari ne peut disposer par testament « que du droit qu'il se trouvera avoir, lors de sa mort, « dans les biens de la communauté. Or, lors de sa mort, il « n'y a plus que la moitié, puisque sa mort a opéré la dis- « solution de communauté, et réduit en conséquence à la « moitié son droit dans les biens de la communauté. »[1]

687. — Le projet de Code civil de Cambacérès rompait brusquement avec ces traditions, avons-nous dit, en attribuant l'administration de la communauté aux deux époux, et en exigeant leur concours pour la validité des actes de disposition :

« Tout acte emportant vente, engagement, obligation « ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre époux « n'est valable, s'il n'est consenti par l'un et l'autre des « époux. »[2]

Nous avons déjà[3] exprimé notre opinion sur le caractère très regrettable, à notre avis, de ce changement, repris et énergiquement défendu par M. Laurent, dans son *Avant-projet de révision du Code civil*,[4] et nous ne reviendrons pas sur les considérations que nous avons développées en faveur de la puissance maritale et des droits donnés au mari comme chef de la communauté.

Dans le système définitivement adopté par le Code, c'est le mari qui administre seul la communauté (article 1421), comme dans notre ancien droit : ses pouvoirs, tout en étant moins étendus qu'ils ne l'étaient dans le droit coutumier, sont encore considérables, mais cette situation n'a rien qui doive étonner.

« C'est au mari comme chef, dit très bien M. Colmet de « Santerre, qu'appartient exclusivement l'administration « de la société conjugale. Chargé par la femme, qui se

[1] *Traité de la communauté*, n° 475.
[2] Fenet, I, p. 20.
[3] *Suprà*, Tome I, n°s 73-75.
[4] *Articles* 1452-1462, Tome V, pages 42-63.

« place sous sa protection, de faire prospérer les affaires « communes, c'est pour atteindre plus facilement ce but « qu'il est censé recevoir de celle-ci des pouvoirs presque « illimités. Son propre intérêt est une puissante garantie « contre la crainte des abus qu'il pourrait commettre. La « loi d'ailleurs réserve à la femme divers bénéfices qui la « mettent à l'abri d'un préjudice réel. »[1]

688. — L'article 1421 consacre dans les termes suivants le principe de l'administration maritale dans notre droit moderne :

« Le mari administre seul les biens de la communauté. « Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le con- « cours de la femme. »

Telle est la règle dont nous allons avoir à préciser la portée.

Puis nous étudierons les quatre exceptions que la loi y apporte, et qui sont relatives :

1° Aux dispositions entre vifs à titre gratuit (article 1422) ;

2° Aux dispositions testamentaires (1423) ;

3° Aux actes faits en fraude des droits de la femme ;

4° Aux actes faits depuis la demande en divorce ou en séparation de corps (article 271), et depuis la demande en séparation de biens (article 1445).

689. — L'article 1421 ne reproduit pas la formule du droit coutumier, « le mari est seigneur et maître de la « communauté, » mais il indique ses pouvoirs par voie d'énumération : le mari administre seul les biens de la communauté, et il peut les hypothéquer, les vendre et les aliéner sans le concours de la femme.

Il est donc vrai de dire, comme dans notre ancien droit, qu'il est *chef* de la communauté, car aucun administrateur, si étendus que soient ses pouvoirs, ne peut hypothéquer ou aliéner la chose qu'il est chargé d'administrer.

[1] VI, n° 65.

Aussi, si l'expression de « chef » n'est pas dans l'article 1421, l'avons-nous trouvée dans l'article 1388.

D'ailleurs nous croyons que c'est avec raison que l'article 1421 n'emploie pas les termes de maître ou de chef de la communauté, à raison des deux motifs suivants.

En premier lieu, l'idée que le mari est maître de la communauté n'est plus exacte lorsqu'il s'agit d'aliénations à titre gratuit, qui sont interdites au mari par l'article 1422. En second lieu, s'il est encore vrai de dire que le mari est maître de la communauté vis-à-vis des tiers, qui peuvent traiter avec lui à propos des biens communs comme ils le feraient relativement à ses propres, cette proposition ne serait pas exacte dans les rapports du mari et de la femme. En effet, les pouvoirs étendus du mari sur la communauté ne lui sont donnés que dans un seul but, faciliter son administration.

« Lorsqu'il hypothèque ou aliène, disait le tribun Siméon, « on présume que c'est par besoin. Il reçoit un prêt ou le « prix d'une vente ; on croit qu'il en fera un emploi utile. « Hypothéquer, vendre, c'est administrer, mais donner, « sous certains rapports, c'est perdre. La disposition à titre « gratuit excède les pouvoirs de l'administration, car ad- « ministration et conservation sont des termes corrélatifs : « et si l'administration exige des sacrifices, ils doivent « avoir une indemnité que la disposition à titre gratuit ne « peut pas donner. »[1]

Telle est l'économie du Code : donner au mari des pouvoirs très larges, avec l'espérance qu'il ne s'en servira que pour le développement et la prospérité de la communauté. Mais, s'il en abuse pour faire fraude aux droits de la femme, pour s'enrichir aux dépens de la communauté, ces actes ne sont pas opposables à la femme, et, à ce point de vue, il n'est pas vrai de dire que le mari est chef, qu'il est seigneur et maître de la communauté.

[1] *Rapport au Corps législatif*, Fenet, XIII, p. 815.

689. I. — La cour de Chambéry a, selon nous, méconnu le véritable caractère du droit du mari et de la femme, lorsqu'elle a caractérisé dans les termes suivants la nature du droit de celle-ci :

« Attendu que les droits de la femme, tant que dure la « communauté, demeurent *latents, sans aucune portée présente*, et sont plutôt futurs qu'immédiats, puisque la loi « ne lui reconnaît que le droit de partager les biens de cette « communauté, telle qu'elle se trouvera composée au mo- « ment de sa dissolution ».[1]

Nous croyons, avec M. Flurer,[2] que cette formule est très exagérée : exacte au temps de Dumoulin, elle ne l'est plus aujourd'hui, du moins dans les rapports des époux entre eux. La femme est véritablement une copropriétaire actuelle, et les pouvoirs du mari n'ont pour base que sa qualité d'administrateur, et non un droit de propriété exclusive sur les biens communs que le Code ne lui reconnaît plus.

689. II. — Puisque le mari est administrateur de la communauté, et qu'il a, à ce titre, le pouvoir de toucher les créances qui en dépendent, il en résulte que si la communauté était créancière d'une personne, et que le mari fût, en son nom personnel, débiteur de la même personne, il pourrait lui opposer la compensation. Bien plus, la compensation s'opérerait de plein droit entre ces deux dettes, car le mari, ayant la disposition de la créance qui appartient à la communauté, doit être considéré comme un véritable créancier, et comme il est en même temps débiteur personnel, il y a lieu à l'application de l'article 1289.[3]

Au contraire, il ne peut s'opérer aucune compensation entre la créance de la femme sur un tiers et la créance de ce tiers vis-à-vis de la communauté, car la femme n'a au-

[1] Chambéry, 6 mai 1885, Dalloz, 86, II, 33.
[2] *Note*, Dalloz, 86, II, 33.
[3] *Compar.* Demolombe, *Cours de code civil*, XXVIII, n° 563.

cun droit de disposition sur les valeurs mobilières de la communauté, et, par suite, les deux mêmes personnes ne sont pas débitrices l'une envers l'autre, comme l'exige l'article 1289.[1]

690. — Du moment où le mari peut aliéner à titre onéreux les biens de la communauté, il peut, à plus forte raison, les grever d'hypothèque ou de servitude.

Il peut aussi délaisser par hypothèque les biens de la communauté sur lesquels un créancier hypothécaire exerce des poursuites : l'article 2172 n'exige en effet chez le tiers détenteur non obligé personnellement à la dette, qui veut faire le délaissement, qu'une seule condition, la capacité d'aliéner ; et cette capacité est donnée au mari par l'article 1421.[2]

691. — Le mari peut aliéner à titre onéreux les biens de la communauté, même en réservant à son profit exclusif l'usufruit des biens qu'elle aliène ;[3] ou bien, moyennant une rente viagère constituée sur sa tête, ou stipulée réversible en sa faveur.[4]

Deux motifs conduisent à cette solution : en premier lieu, c'est une aliénation à titre onéreux, permise dès lors par la généralité des termes de l'article 1421. En second lieu, l'article 1422 prohibe la réserve d'usufruit, lorsque le mari dispose d'effets mobiliers à titre gratuit et particulier ; et cette prohibition, rapprochée de l'article 1421, qui n'édicte aucune défense de ce genre, montre que le législateur a entendu laisser au mari une liberté complète pour les aliénations à titre onéreux.

[1] Cassation, 21 novembre 1883, Sirey, 86, I, 28.

[2] Bruxelles, 9 Floréal an XIII, Sirey, c. N., II, II, 44. — Troplong, II, n° 869 ; Rodière et Pont, II, n° 870.

[3] Orléans, 14 mai 1864, Sirey, 65, II, 71, et Dalloz, 64, II, 172.

[4] Rennes, 16 juin 1841, Sirey, 41, II, 553 ; Bordeaux, 7 février 1878, Sirey, 78, II, 258, et Dalloz, 79, II, 124. — Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 2, p. 326 ; Laurent, XXII, n° 4.

692. — Si le mari a aliéné les biens de communauté sous réserve d'usufruit, ou moyennant une rente viagère à son profit, et qu'il survive à sa femme, l'usufruit ou la rente viagère vont-ils lui appartenir? Nous croyons qu'il faut répondre négativement, et décider que l'usufruit, ou la rente viagère, constitue une valeur de communauté, qui devra entrer dans la masse des biens à partager.

Il ne peut se faire, en effet, comme nous l'avons déjà dit,[1] que l'un des époux, le mari dans l'espèce, se constitue un propre aux dépens des biens de communauté. Sans doute le mari peut aliéner moyennant une rente viagère ou une réserve d'usufruit à son profit, car, tant que la communauté dure, c'est elle qui profite de la réserve d'usufruit ou de la rente viagère, et il peut même arriver que cette opération faite sur la tête du mari soit avantageuse à la communauté.

Mais, au jour de la dissolution, l'usufruit réservé est un bien de communauté, qui doit comme tel entrer dans la masse active : de même la rente viagère est un bien acquis à titre onéreux pendant le mariage, et payé avec des deniers de communauté ; il doit donc être compris dans les biens à partager, pour sa valeur au jour de la dissolution de la communauté.[2]

Quant à la rente viagère constituée avec des deniers de communauté sur la tête des deux époux, avec réversibilité au profit du survivant, nous avons étudié son caractère et ses effets au Chapitre I, *De l'actif de la communauté.*[3]

692 *bis*. — Le mari a, disons-nous, les pouvoirs les plus étendus sur les biens de la communauté : de même

[1] *Suprà*, Tome I, n° 375.

[2] *Arrêt précité* de Rennes, 16 juin 1841 ; tribunal de Bordeaux, 29 mai 1872, Sirey, 74, II, 140. — Troplong, II, n° 868 ; Rodière et Pont, II, n° 871 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 2, p. 326 ; Colmet de Santerre, VI, n° 66 *bis* VI ; Laurent, XXII, n° 4.

[3] *Suprà*, Tome, I, n°s 376-377.

qu'il peut les aliéner, de même il peut les laisser périr par négligence ou par mauvaise gestion, sans que la femme puisse exercer contre lui aucune récompense.

C'est l'idée qu'exprimait Pothier dans le passage suivant et qui est vraie encore sous l'empire du Code :

« Le mari, disait-il, peut à son gré perdre les biens de « la communauté, sans en être comptable : il peut laisser « périr par la prescription les droits qui dépendent de sa « communauté, dégrader les héritages, briser les meu- « bles, tuer par brutalité ses chevaux et autres animaux « dépendants de la communauté, sans être comptable à sa « femme de toutes ces choses. »[1]

693. — Si le mari abuse du pouvoir de disposition ou d'administration *lato sensu* qui lui appartient, la femme n'a pas de moyen direct de remédier à cet abus : elle ne peut ni empêcher son mari de passer un acte qu'elle trouve désavantageux, ni l'obliger à faire des actes d'administration qu'elle croit utiles.

Le seul remède indirect que la loi mette à sa disposition consiste dans le droit de provoquer sa séparation de biens, dans les termes de l'article 1443, lorsque la mauvaise administration du mari met sa dot en péril.

694. — Des pouvoirs donnés au mari sur les biens de la communauté découle cette conséquence, que lui seul la représente en justice, même pour la part de la femme. Nous développerons cette idée au § III de cette section, en traitant *De l'exercice des actions dirigées au nom de la communauté ou contre elle.*

695. — Les pouvoirs du mari sur la communauté sont d'ordre public, ainsi que nous l'avons indiqué,[2] et les parties ne pourraient y déroger par contrat de mariage, en convenant soit que la communauté sera administrée par la

[1] *Traité de la communauté*, n° 470. — *Sic* Troplong, II, n° 858; Rodière et Pont, II, n° 867; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 3, p. 326.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 116-117, et les autorités qu'il y sont citées.

femme, soit que l'aliénation des biens communs ne pourra avoir lieu qu'avec le concours de la femme.

Mais il faut bien entendre la portée de cette prohibition ; s'il n'est pas permis au mari d'abdiquer l'autorité que notre loi lui donne comme chef sur les biens de la communauté, il peut donner mandat à la femme de gérer en son nom, à lui, tout ou partie des biens de la communauté. Il pourrait donner ce mandat à un tiers, à plus forte raison peut-il le donner à la femme, plus intéressée qu'un tiers à la bonne gestion des biens de la communauté, en cas d'absence du mari par exemple.

Nous étudierons les conséquences de ce mandat donné, et dans certains cas présumé au profit de la femme, dans la section III, *Des engagements contractés par la femme pendant la communauté.*

696. — Les pouvoirs du mari comme chef durent autant que la communauté elle-même, et, si le mari était interdit, ce serait son tuteur qui administrerait la communauté. En effet, aux termes des articles 450 et 509 combinés, le tuteur de l'interdit administre la fortune de celui-ci et le représente dans tous les actes civils : il doit donc administrer aussi la communauté, qui pendant le mariage se confond avec le patrimoine du mari.

Que l'on n'objecte pas qu'il est impossible de subordonner la femme de l'interdit à l'autorité du tuteur de son mari : cette idée est exacte, mais l'opinion que nous adoptons ne conduit point à ce résultat. La femme ne sera nullement soumise à l'autorité du tuteur, mais à celle de la justice, conformément à la règle écrite dans l'article 222.

Ajoutons que si le tuteur administre les biens de la communauté, il les administre comme le fait un tuteur, et loin d'avoir sur eux le droit de disposition qui appartient au mari, il ne pourra faire les actes qui dépassent la simple administration qu'en obtenant, suivant les cas, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, d'après les principes de la tutelle.

A ce moyen se trouvent atténués les inconvénients de la substitution de l'administration tutélaire à l'administration maritale, inconvénients que nous ne méconnaissons pas, mais qui sont la conséquence nécessaire de l'état d'interdiction du mari.[1]

696. I. — Si, au lieu d'être interdit, le mari est interné dans un asile d'aliénés, la communauté conjugale n'est pas pour cela dissoute, et le mari devra être représenté par un administrateur spécial, nommé en vertu de la loi du 30 juin 1838.

La Cour de Cassation l'a ainsi décidé lorsqu'il s'agit d'actions judiciaires intéressant la communauté ;[2] mais il faut, à notre avis, généraliser cette solution, et l'étendre aussi bien aux actes d'administration qu'aux actions judiciaires. La communauté n'est pas dissoute, elle doit donc être administrée par le mari, ou, en son nom, par son représentant légal, soit un administrateur spécial, s'il s'agit d'un acte à passer, soit un mandataire *ad litem*, s'il s'agit d'un procès à intenter ou à soutenir.

697. — Les pouvoirs donnés au mari par l'article 1421 ne peuvent être ni gênés, ni entravés par la soumission de la femme à un conseil judiciaire. Le rôle du conseil judiciaire est nettement déterminé par l'article 513 : la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ou en donner décharge, aliéner ou grever ses biens d'hypothèques sans l'assistance de son conseil. Mais cette mesure, qui restreint seulement la capacité du prodigue, ne peut avoir aucune influence sur l'administration des biens de la communauté, confiée par la loi au mari : celui-ci agira donc avec la plénitude des pouvoirs que la loi lui attribue,

[1] Orléans, 9 août 1817, Sirey, C. N., V, II, 315. — Rodière et Pont, II, n° 866 ; Aubry et Rau, I, § 126, texte et note 42, p. 520 ; Demolombe, VIII, n° 612-614 ; Laurent, V, n° 303. — *Contrà*, Bruxelles, 11 Floréal an XIII, Sirey, C. N., II, II, 45.

[2] Cassation, 2 juin 1886, Dalloz, 87, I, 133.

et sans avoir à se préoccuper de l'existence du conseil judiciaire donné à la femme.[1]

698. — Il ne faut pas considérer comme une exception aux principes que nous venons d'exposer la solution par nous admise, relativement aux souvenirs de famille, portraits, armes, décorations.[2] Sans doute, dans la théorie que nous avons adoptée, le mari ne pourra pas vendre les objets de cette catégorie appartenant à la femme, mais ce sera parce que ces objets ne sont pas entrés en communauté, et non parce que le mari n'aurait eu que des pouvoirs restreints sur eux.

699. — La règle d'après laquelle le mari peut disposer en maître des objets de la communauté comporte quatre exceptions :

1° Le mari ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des biens de communauté, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs, ou lorsqu'il s'agit d'une donation d'effets mobiliers à titre particulier ;

2° Il ne peut disposer par testament au delà de sa part dans la communauté ;

3° Il ne peut aliéner à titre onéreux des biens de communauté en fraude des droits de sa femme, notamment en cas de divorce ou de séparation de corps, depuis l'ordonnance du président fixant la date de la comparution des époux (article 271) ;

4° Il ne peut les aliéner depuis l'introduction de la demande en séparation de biens (article 1445).

700. — I. *Disposition entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté.* — Nous avons vu que, dans notre ancien droit, la plupart des coutumes autorisaient le mari à disposer à titre gratuit des biens de la communauté,[3]

[1] Paris, 13 novembre 1863, Sirey, 64, II, 193, et Dalloz, 63, V, 217; Limoges, 27 mai 1867, Sirey, 67, II, 337, et Dalloz, 67, II, 77.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 387. — *Adde*, dans le même sens, Paris, 27 mars 1873, *sous cassation*, Sirey, 74, I, 477, et Dalloz, 74, II, 129.

[3] *Suprà*, Tome II, n° 684-685.

ainsi que le décidait expressément l'article 225 de la coutume de Paris.

L'article 1422 du Code civil porte au contraire que le mari ne peut disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier : « La disposition à titre gratuit, disait le tribun Siméon dans le passage de son rapport que nous avons « cité plus haut, excède les pouvoirs de l'administration, « car administration et conservation sont des termes corrélatifs ; et si l'administration exige des sacrifices, ils doivent avoir une indemnité que la disposition à titre gratuit ne peut donner. »[1]

701. — La loi interdit trois sortes de dispositions à titre gratuit : donation d'immeubles communs, donation de l'universalité du mobilier, donation d'une quotité du mobilier.

Une première observation doit être faite à ce propos : c'est que la donation de l'universalité ou d'une quotité du mobilier ne peut se réaliser que par voie de donation de biens à venir ou institution contractuelle, la donation de biens présents ne pouvant jamais être qu'à titre particulier.[2]

Remarquons, en second lieu, que l'article 1422 est assez peu en harmonie avec la composition actuelle des fortunes en France : le mari ne peut donner un immeuble de communauté, s'agît-il de quelques maigres arpents de bruyères ou de marais d'une valeur insignifiante, et il pourra donner une somme d'argent importante, car cette disposition rentre dans la catégorie des dispositions d'effets mobiliers à titre gratuit et particulier, autorisées par l'article 1422, *in fine*.[3] Cette anomalie, qui ne peut s'expliquer que par le dédain des rédacteurs du Code pour la fortune mobilière,

[1] *Suprà*, Tome II, n° 689.

[2] Colmet de Santerre, VI, n° 66 *bis* II ; Laurent, XXII, n° 11.

[3] Paris, 23 novembre 1861, Dalloz, 62, II, 206. — Laurent, XXII, n° 11.

a été, comme nous le verrons, atténuée par la jurisprudence ; elle décide avec raison que le mari ne peut valablement disposer d'une somme d'argent représentant la majeure partie de la commmunauté, sous prétexte qu'en agissant ainsi il ne disposerait que d'effets mobiliers à titre gratuit et particulier.[1]

702. — Le mari ne peut, disons-nous avec l'article 1422, donner entre-vifs les biens de communauté : mais le mari et la femme peuvent-ils, en se réunissant, donner conjointement soit un immeuble, soit une quotité du mobilier de communauté ?

La controverse est aujourd'hui tranchée en jurisprudence, et la donation conjointe d'immeubles de communauté par le mari et par la femme est un fait quotidien, dans la pratique des affaires. Néanmoins la controverse a subsisté dans la doctrine, et il est nécessaire que nous indiquions les motifs, très exacts à notre avis, qui ont fait triompher le système de la validité de ces donations.

L'opinion qui soutient que la donation est nulle, aussi bien lorsqu'elle est faite par le mari et la femme que lorsqu'elle est faite par le mari seul, a été très habilement défendue par Marcadé :

« Comment, de quelle manière, dit-il, le concours de la « femme à l'aliénation gratuite pourrait-il valider cette « aliénation ? Serait-ce en ce sens que la femme pourrait, « en déclarant consentir à l'aliénation faite par le mari, « faire cesser l'incapacité de celui-ci et le rendre habile à « accomplir l'acte que la loi lui défendait ? Evidemment « non. D'une part, ce serait là une véritable autorisation à « obtenir de la femme par le mari, et une telle demande « d'autorisation répugne manifestement à la qualité chez « le mari de chef de la communauté, et à tous les principes « de notre matière. D'un autre côté, il est bien clair que « notre prohibition a pour but de protéger la copropriété

[1] *Infrâ*, Tome II, n° 716.

« de la femme, contre les dispositions abusives du mari ;
« or ce serait faire disparaître cette protection que de dé-
« clarer la disposition valable, moyennant la permission
« de la femme, puisque l'état de dépendance de cette
« femme et les pouvoirs exorbitants du mari ne permet-
« traient pas à celle-là de refuser l'autorisation demandée.
« Le mari qui voudrait, par exemple, faire consentir la
« femme à la donation d'un des immeubles communs,
« pourrait la menacer de punir son refus en vendant deux
« ou trois de ces mêmes immeubles pour en dissiper le
« prix, et la femme n'aurait rien de mieux à faire que de
« donner le consentement exigé d'elle..... Dira-t-on que le
« concours de la femme doit s'entendre autrement ; que
« pendant que le mari (non plus comme administrateur
« de toute la communauté et d'après les règles spéciales
« de notre chapitre, mais d'après les principes généraux
« et comme propriétaire de la moitié des biens communs)
« donnerait la moitié seulement de l'objet dont on veut
« disposer, la femme interviendrait pour donner l'autre
« moitié, en sorte que la donation serait faite non pas par
« le mari autorisé de sa femme, mais par le mari et la
« femme disposant tous deux, chacun pour sa part, de ce
« qui leur appartient dans l'objet ? Mais ceci serait impos-
« sible trois fois pour une : impossible comme contraire
« encore au but de l'art. 1422, puisque la protection qu'on
« a voulu assurer à la femme, disparaîtrait aussi bien par
« ce moyen que par le précédent : impossible pour la part
« de la femme, puisqu'elle n'a aucun droit de disposition
« actuelle sur les biens communs ; impossible même pour
« la part du mari, puisque son incapacité de disposer gra-
« tuitement, incapacité qui existe aussi bien pour sa moi-
« tié dans l'objet donné que pour l'autre moitié, ne serait
« évidemment pas levée par la circonstance que la femme
« fait donation (inutilement aussi) de son côté.

« En définitive, le mari est le chef de la communauté,
« c'est à lui que sont dévolus tous les pouvoirs quant aux

« biens communs ; c'est par lui seul que peut être fait tout « ce qui peut être fait ; et ce qu'il ne peut faire est impos- « sible à faire ; en sorte que, quand on dit que le mari ne « peut pas, en principe, donner les biens communs, cela « signifie qu'en principe *les biens communs ne peuvent « pas être donnés*. Soit qu'on s'en tienne au texte de nos « articles, soit qu'on veuille les éclairer en recourant aux « travaux préparatoires, on sera toujours ramené à ce « syllogisme : aucune disposition de biens communs ne « peut être faite que par le mari ; or le mari ne peut, en « principe, disposer gratuitement de ces biens ; donc en « principe, la disposition gratuite se trouve absolument « interdite. »[1]

L'opinion contraire a triomphé, et nous croyons qu'elle devait triompher par les motifs suivants.

Dans notre ancien droit, ces donations étaient certainement valables : « Il est évident, dit Pothier, que la do- « nation ne peut paraître en ce cas faite en fraude de la « femme, car *nemo volens fraudatur*. »[2] — « Que si l'au- « tre conjoint parle dans la donation....., dit de son côté « Lebrun, et qu'ils unissent ainsi leurs volontés, on ne « peut pas dire précisément que la donation soit en fraude « du droit de communauté, puisqu'on ne fait pas tort à « celui qui consent. »[3]

Pour savoir quel est le sort de ces actes dans le droit nouveau, il faut se poser deux questions : à qui appartiennent les biens de la communauté pendant son existence, et la propriété de ces biens est-elle de libre disposition dans la main de ceux à qui ils appartiennent ?

[1] Art. 1422, V. — *Sic* Bourges, 10 août 1840, Sirey, 41, II, 357 ; Cassation, 3 mars 1843, Sirey, 44, II, 386, et *note* de M. Delisle ; Douai, 27 août 1855, Sirey, 55, II, 769, et Dalloz, 56, II, 39. — Rodière et Pont, II, n° 879 ; Massé et Vergé, IV, p. 90, note 11 ; Laurent, XXII, n° 21.

[2] *Traité de la communauté*, n° 474.

[3] *Traité de la communauté*, Livre II, Chap. II, n° 23.

Nous avons déjà résolu la première question, en examinant si la communauté est une personne morale ;[1] en adoptant la négative, avec la jurisprudence de la Cour de Cassation et la majorité des auteurs, nous en avons conclu que les biens communs étaient, pendant la communauté comme au moment de sa dissolution, la propriété des deux époux.

Nous ajoutons que cette propriété n'est frappée nulle part d'indisponibilité par la loi, et cette indisponibilité serait d'ailleurs contraire à l'organisation du régime de communauté, qui est par essence un régime de liberté et de libre disposition, à la différence du régime dotal.

Que l'on n'objecte pas l'article 1422, qui défend au mari de donner entre-vifs les biens de communauté : cette disposition, fondée sur ce que la donation n'est jamais un acte d'administration, et sur ce que le plus souvent elle constituerait une fraude aux droits de la femme, n'a d'autre portée que de limiter les pouvoirs du mari agissant seul et comme administrateur : c'est la restriction apportée à la règle de l'article 1421, « le mari administre seul les « biens de la communauté ». Quant aux droits du mari comme copropriétaire des biens communs, les articles 1421 et 1422 ne s'en occupent pas, et aucun autre texte ne vient les limiter.

On objecte encore que la femme n'a aucun pouvoir sur les biens de la communauté pendant le mariage : cela est vrai en ce sens qu'elle ne peut ni administrer la communauté, ni contrôler l'exercice des pouvoirs très étendus donnés au mari ; et c'est en ce sens que l'on peut dire qu'elle n'est pas une associée ordinaire, car elle n'a aucun des droits qui appartiennent en général à l'associé. Mais, pas plus pour la femme que pour le mari, il n'y a de texte qui limite ses droits de propriétaire.

On objecte enfin qu'il était inutile de défendre au mari

[1] Tome I, n° 345.

de donner seul les biens de communauté, si on devait lui permettre de la donner avec le concours de sa femme, car l'influence du mari amènera toujours la femme à consentir à la donation qu'il veut faire. A cette objection, M. Colmet de Santerre a fait une réponse que nous considérons comme décisive : « Il y a nombre d'actes aussi dangereux pour « la femme qu'elle peut faire valablement, bien que l'as- « cendant du mari ait pu la déterminer. Elle peut, par « exemple, cautionner son mari, ou vendre un propre pour « lui procurer de l'argent, et certes l'influence du mari est « plus à craindre dans ces hypothèses, où l'intérêt de ce- « lui-ci est en jeu, que dans le cas d'une donation d'un « bien de communauté, qui lui est toujours pécuniairement « préjudiciable. »

En résumé, les biens que l'on appelle biens de la communauté sont, en réalité, des biens appartenant indivisément au mari et à la femme, et la loi ne leur interdisant pas d'en disposer, ils peuvent les aliéner comme ils veulent, notamment par voie de disposition entre vifs à titre gratuit.[1]

703. — La solution que nous venons d'adopter présente un grand intérêt en matière de partage d'ascendants. Cette institution est très bonne en elle-même, en permet-

[1] Riom, 5 janvier 1844, Sirey, 44, II, 385; Amiens, 15 février 1849, Sirey, 49, II, 174, et Dalloz, 49, II, 133; Cassation, 5 février 1850, Sirey, 50, I, 337, et Dalloz, 50, I, 97; Cassation, 29 avril 1851, Sirey, 51, I, 329, et Dalloz, 52, I, 294; Poitiers, 10 juin 1851, Sirey, 51, II, 60, et Dalloz, 53, II, 12; Paris, 21 novembre 1861, Dalloz, 62, II, 106; Toulouse, 24 mars 1866, Sirey, 66, II, 352, et Dalloz, 66, II, 73; Besançon, 2 juin 1866, Sirey, 67, II, 9, et Dalloz, 66, II, 143; Cassation, 31 juillet 1867, Sirey, 68, I, 36, et Dalloz, 68, I, 209; Cassation, 23 juin 1869, Dalloz, 70, I, 5; Poitiers, 16 février 1885, Sirey, 87, II, 67, et Dalloz, 86, II, 38. — Glandaz, ENCYCLOPÉDIE DU DROIT, v° *Communauté*, n° 206; Troplong, II, n°s 903-906; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 14, p. 328-329; Colmet de Santerre, VI, n° 66 *bis* XIII; Demolombe, *Revue critique*, I, p. 142 et suiv., et *Cours du Code civil*, XXIII, n° 831.

tant à l'ascendant, avancé en âge et fatigué de l'administration d'une fortune qu'il n'a amassée que pour les siens, de la leur distribuer en tenant compte de leurs goûts et de leurs aptitudes; elle est excellente surtout lorsqu'elle permet le partage *conjonctif*, c'est-à-dire la réunion dans une même masse des biens du père et de la mère de famille. « Ce « mode de procéder, dit très bien M. Demolombe, peut certainement offrir de grands avantages : il permet d'éviter les morcellements, et de faire avec beaucoup plus de « liberté à chacun des enfants le lot qui est le mieux à sa « convenance. »[1]

Or, dans le système que nous adoptons, les époux mariés sous le régime de la communauté peuvent distribuer à leurs enfants, dans une donation entre vifs unique, la fortune personnelle de chacun d'eux et les immeubles de la communauté existant entre eux.[2] Cette manière de procéder, fréquente en pratique, offre des avantages évidents, et suffirait à recommander, en fait, l'opinion qui a triomphé.

703. I. — Comme conséquence de la solution que nous venons d'admettre, il faut décider que si les époux ont fait ensemble une donation-partage comprenant des propres et des acquêts, sans en distinguer l'origine, ils sont présumés, en l'absence de réserve, avoir renoncé à toute récompense ultérieure. C'est ainsi, notamment, qu'il a été jugé avec raison que la femme, qui a concouru à cette donation-partage, ne peut réclamer aucune récompense au sujet de constructions faites avec les deniers communs sur les biens propres du mari compris dans la donation-partage.

« Attendu, dit avec raison la cour de Poitiers, qu'en par- « ticipant sans aucunes réserves à cette opération destinée « à faire entre les héritiers présomptifs une répartition dé- « finitive, et exclusive de tout recours en garantie, de la for-

[1] *Cours du Code civil*, XXIII, n° 80.

[2] Paris, 23 juin 1849, Sirey, 49, II, 554, et Dalloz, 50, II, 10. — Demolombe, *Cours du Code civil*, XXIII, n°s 82 et suiv.

« une immobilière de leurs parents, la femme a nécessai-
« rement entendu que les récompenses auxquelles auraient
« pu donner lieu les constructions faites sur les propres de
« son mari, ne seraient pas exercées lors de la dissolution
« de la communauté ;

« Qu'en approuvant et faisant entrer dans la libéralité
« qu'elle-même avait l'intention de faire personnellement
« à ses enfants, bien qu'elle ne comprît pas de biens à elle
« propres, le don des immeubles de (leur père), avec les
« augmentations effectuées aux dépens de la communauté,
« elle a évidemment voulu régler la situation juridique ré-
« sultant de cet emploi des fonds communs, lesdites aug-
« mentations étant acceptées comme représentation du
« capital à raison duquel une récompense eût pu être
« due. »[1]

704. — Si la femme n'avait concouru à l'acte de donation que comme témoin honoraire, nous croyons que la donation ne lui serait pas opposable ; la femme est copropriétaire des biens de la communauté, comme nous venons de le dire, et elle ne peut être dépouillée de ses droits que par une expression formelle de sa volonté. Sa présence à l'acte, comme témoin honoraire, ne suffit pas pour produire ce résultat. Cette présence peut s'expliquer par l'ascendant du mari : la femme n'a pas osé refuser d'assister à la donation que faisait son mari, mais elle n'a pas voulu y figurer comme donatrice, et le rôle pour ainsi dire passif qu'elle y a joué ne peut lui enlever ses droits, si elle accepte la communauté.

« Attendu, a dit exactement la Cour de Cassation, qu'en
« admettant que le consentement de la femme ait pour
« effet de valider la donation entre vifs faite par le mari
« d'un immeuble de communauté, on ne pouvait attribuer
« aucun effet civil à la présence de la femme A....., telle
« qu'elle est constatée par l'acte authentique du..., auquel

[1] Poitiers, 9 mai 1883, Dalloz, 84, II, 29.

« elle n'a point parlé, et dans lequel elle n'a figuré que « parmi les parents et amis appelés comme témoins honoraires. »[1]

705. — Si la femme n'a pas concouru à l'acte de donation, ou si, dans le système par nous adopté, elle n'y a figuré que comme témoin honoraire, la donation n'est pas nulle d'une nullité absolue.

En effet, si la femme renonce à la communauté, ou si elle l'accepte, mais que l'immeuble tombe au lot du mari ou de ses héritiers, la donation sera valable et devra produire effet : le mari n'a donné que ce qui lui appartenait, un bien auquel la femme est étrangère, soit par sa renonciation à la communauté, soit par l'événement du partage.[2]

706. — La donation n'est donc frappée de nullité que d'une manière relative, par rapport à la femme et à ses héritiers, s'ils acceptent la communauté : pour eux, la donation n'existe pas, elle leur est inopposable, puisqu'elle est faite en violation de l'article 1422.

De là découlent deux conséquences : la première, que la femme pourra se faire indemniser par le mari ou ses héritiers, lors du partage de la communauté, de la valeur du bien donné ; la seconde, que la femme pourra, si elle le préfère, agir par voie d'action réelle révocatoire contre les tiers donataires.[3]

Si la femme prend ce dernier moyen, elle fera tomber la donation non seulement pour moitié, mais pour le tout : elle a le droit en effet non pas à la moitié de l'immeuble, mais à ce que l'immeuble tout entier soit compris dans le

[1] 14 août 1855, Sirey, 55, I, 776, et Dalloz, 55, I, 372 ; Nancy, 17 mai 1861, Sirey, 61, II, 473.

[2] Rodière et Pont, II, n° 889 ; Colmet de Santerre, n° 66 *bis* VII ; Laurent, XXII, n°s 19-20 et 27-28.

[3] Cassation, 14 août 1855, Sirey, 55, I, 776, et Dalloz, 55, I, 372 ; Nancy, 17 mai 1861, Sirey, 61, II, 473. — Rodière et Pont, II, n° 889 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 13, p. 328 ; Colmet de Santerre, VI, n°s 66 *bis* VII et VIII.

partage de la communauté, dans le patrimoine de laquelle il devait rester. Il en est de la femme comme de tout copropriétaire d'une masse, d'une universalité : ce copropriétaire n'a pas droit à la moitié de tel ou tel immeuble, il a un droit général sur tous les immeubles qui composent la masse, jusqu'au moment où le partage viendra fixer ses droits sur une portion déterminée de ces immeubles.[1]

707. — L'action qui appartient à la femme contre la donation émanée du mari seul est une action réelle immobilière, puisqu'elle tend à faire rentrer dans le patrimoine de la communauté l'immeuble que la donation en avait fait sortir, et que le droit de se contenter d'une indemnité au lieu de l'immeuble est seulement une faculté pour la femme.

Il suit de là que si la femme meurt, laissant un légataire des meubles, et un légataire des immeubles, le montant de la restitution appartiendra au légataire des immeubles, lors même que cette restitution, ne pouvant s'opérer en nature, se ferait au moyen d'une somme d'argent.[2]

Comme application du même principe, il faut décider que si la femme a été instituée par le mari donataire du mobilier, elle n'aura aucun droit à l'indemnité payée, à défaut de l'immeuble, par l'héritier du mari auquel cet immeuble avait été donné.[3]

708. — Nous venons de voir que la donation des biens de communauté par le mari seul était valable entre le donataire et le mari donateur ou ses héritiers, et nulle vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers : mais, si la femme en a fait prononcer la nullité, et si l'immeuble donné est tombé dans son lot, le donataire pourra-t-il demander au mari la valeur de l'immeuble qui lui avait été donné ?

Trois opinions sont nées sur cette question.

[1] Colmet de Santerre, *Op. et loc. citat.*

[2] Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 13, p. 328 ; Laurent, XXII, n° 31.

[3] Cassation, 16 février 1852, Sirey, 53, I, 18, et Dalloz, 52, I, 294.

Observons, d'abord, que cette obligation de garantie, si elle existe, ne pèse que sur le mari ou ses héritiers, point sur la communauté, ni sur la femme qui a accepté la communauté. Il est vrai qu'en général les obligations du mari grèvent la communauté : mais il ne peut en être ainsi lorsque ces obligations ont été contractées contrairement aux règles légales sur l'organisation de la communauté et les pouvoirs du mari, et en fraude des droits de la femme.

Une première opinion enseigne que le mari ne devra indemniser le donataire que dans deux cas : s'il avait formellement promis la garantie dans l'acte de donation, ou si la donation était faite pour cause de dot. En dehors de ces deux cas, la donation n'engendre pas l'obligation de garantie, le mari ne saurait en être tenu. Au contraire, dans ces deux hypothèses, le mari est garant, comme tout donateur, de la valeur de la chose qu'il a donnée, et cette obligation s'étendra à la valeur intégrale de cette chose.[1]

Les deux autres opinions s'accordent à reconnaître que le mari devra indemniser le donataire, et nous croyons que c'est à bon droit : l'article 1423, 2, le décide ainsi pour le legs qu'aurait fait le mari d'un bien de communauté qui ne tombe pas dans son lot, et nous ne voyons pas de raison de distinguer entre la donation ou le legs d'un bien de communauté. C'est dans tous les cas la disposition d'une chose qui n'appartient pas au mari, et à laquelle cependant le législateur fait produire effet.

On objecte qu'en principe le donateur ne doit pas garantie : cela est vrai, comme il est vrai qu'en principe le legs de la chose d'autrui est nul. Mais lorsque le mari donne ou lègue un bien de communauté, il ne donne ou ne lègue pas, à proprement parler, la chose d'autrui : il dispose d'une chose sur laquelle il a certains pouvoirs. L'acte de disposition qu'il fait n'est pas nul en lui-même, comme la disposition de la chose d'autrui : il est nul au respect de la

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 66 bis VIII.

femme, si elle en demande la nullité, mais il est valable entre le donateur et le donataire, et doit produire effet soit par la remise de la chose donnée, soit par le paiement de sa valeur.

Mais, parmi les partisans de ce dernier système, il en est qui soutiennent que l'indemnité que le mari est tenu de payer doit être égale seulement à la moitié de la valeur de l'immeuble. « Le donataire, dit M. Troplong, n'aura pas « droit à récompense pour l'éviction de la part de la fem- « me : il n'y a pas lieu à garantie pour éviction d'une dona- « tion frauduleuse. »[1]

Cette solution nous paraît inacceptable. En premier lieu, il ne saurait être question de garantie dans le sens propre du mot, sans quoi le mari ne devrait pas garantie, pas plus qu'aucun autre donateur. Il s'agit pour le mari d'exécuter la donation qu'il a faite, soit en remettant l'objet donné, soit en en payant le prix, et, cela, comme nous l'avons dit, parce que la donation est valable à son respect. D'un autre côté, il n'est pas exact de dire que la femme est propriétaire de la moitié de l'objet donné : elle a sur cet immeuble un droit indivis, qui peut avoir pour résultat de faire entrer dans son lot la totalité de l'immeuble, de même qu'il peut le faire entrer dans le lot du mari.

Aussi croyons-nous que le mari donateur, ou ses héritiers, seront tenus d'indemniser le donataire de la valeur totale de l'immeuble, s'ils ne peuvent lui en assurer la propriété.[2]

709. — La donation d'un immeuble de communauté est, disons-nous, inopposable à la femme et à ses héritiers, qui peuvent en demander la nullité ; mais le mari donateur n'a-t-il pas, lui aussi, le droit d'en provoquer la nullité, non pas comme donateur, mais comme chef de la communauté ?

[1] II, n° 891.

[2] Nancy, 17 mai 1861, Sirey, 61, II, 473. — Rodière et Pont, II, n° 889 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 16, p. 330.

Oui, dit M. Colinet de Santerre : le mari a deux rôles, celui de donateur et celui de chef de la communauté : à ce dernier titre il a qualité pour attaquer les actes qu'il a faits en dehors de ses pouvoirs, comme le tuteur pourrait, au nom de son pupille, attaquer les actes qu'il aurait, lui tuteur, faits irrégulièrement. D'ailleurs il est de l'intérêt évident de la commmunauté que cette nullité soit proposée, soit à cause des revenus de l'immeuble donné, dont la communauté se trouverait privée, soit à raison de la valeur de cet immeuble, qui peut être très utile à un moment donné, s'il faut aliéner un bien pour se procurer une somme d'argent nécessaire. Le mari doit donc avoir le droit de faire anéantir la donation, dans l'intérêt de la communauté.

Nous ne le croyons pas. La donation n'est interdite au mari, comme nous l'avons dit, que dans l'intérêt de la femme, et pour le cas où elle accepterait la communauté : elle ne peut proposer cette nullité pendant la durée de la communauté, et tant qu'elle n'a pas pris parti sur son acceptation ou sa répudiation. Le mari ne peut proposer la nullité pendant le mariage, puisque la femme ne peut agir ; et, une fois la communauté dissoute, il ne représente plus la femme et ne peut agir pour elle.

On objecte que la communauté a intérêt à la nullité de la donation : mais nous avons répondu à cette objection, en repoussant l'idée que la communauté constitue une personne morale, ayant des droits distincts de ceux des époux.[1] S'il en est ainsi, il ne reste en présence que la femme et le mari, et celui-ci n'a qualité, à aucune époque, pour demander du chef de la femme la nullité de la donation par lui faite.[2]

710. — La disposition à titre gratuit des biens de la communauté par le mari, prohibée en principe, est per-

[1] VI, n° 66 *bis* X.
[2] *Suprà*, Tome I, n° 345.
[3] Laurent, XXII, n° 30.

mise par exception dans les deux hypothèses suivantes, que nous allons étudier :

1° S'il s'agit de l'établissement des enfants communs (article 1422, 1);

2° Si le mari n'a disposé que d'effets mobiliers à titre gratuit et particulier, et en ne s'en réservant pas l'usufruit (article 1422, 2).

711. — Le mari peut donner même les immeubles de communauté, ou l'universalité ou une quotité du mobilier, aux termes de l'article 1422, 1, lorsqu'il s'agit d'établir les enfants communs ; en pareil cas, en effet, bien loin de faire fraude aux droits de la femme, le mari donne aux biens de la communauté leur véritable destination, puisqu'il les assure immédiatement aux enfants nés du mariage. D'ailleurs, en établissant l'enfant commun, il acquitte la dette de la femme en même temps que la sienne propre, et, à ce point de vue encore, la femme ne peut critiquer cette disposition.

711 *bis*. — L'article 1422, 1, parle des « enfants communs » ; faut-il restreindre cette exception aux enfants du premier degré, ou doit-on permettre au mari de doter avec les biens de communauté les petits-enfants nés d'un enfant commun ?

D'après M. Troplong,[1] le mari ne pourrait doter les petits-enfants que si l'enfant du premier degré était décédé : « Les petits-enfants, dit-il, ne sont pas écrits dans l'article 1422 ; il ne faut donc pas les admettre indistinctement, puisque la matière est de droit étroit ; en ce qui « concerne l'épouse, il ne faut pas les admettre quand « l'enfant du premier degré, leur auteur, vit encore et leur « fait obstacle. »

Nous croyons qu'il faut rejeter cette distinction, ainsi que nous l'avons déjà indiqué,[2] et décider que le mari peut

[1] II, n° 899.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 156.

doter les petits-enfants, même si le père ou la mère de ceux-ci sont vivants.

En premier lieu, le texte de l'article 1422 ne comporte pas la distinction que fait M. Troplong : l'expression « enfants » s'étend ou ne s'étend pas aux enfants du second degré, mais il est impossible de créer une distinction que le texte ne fait pas.

En second lieu, le motif qui a fait donner au père le pouvoir de doter les enfants s'applique aussi bien aux petits-enfants ; et nous ajoutons que c'est dans ce sens générique que le mot « enfants » est habituellement entendu dans les dispositions de la loi ou de l'homme.

712. — L'article 1422, 1, emploie l'expression « établissement » : il faut donner à ce mot le sens qu'il a dans l'article 204, « *établissement par mariage ou autrement* », et que nous retrouverons dans les articles 1555 et 1556, dans notre IVe Partie, *Du régime dotal*, lorsque le législateur autorise l'aliénation de la dot pour « l'établissement » des enfants. Ce mot comprend toutes les dépenses qui auront pour résultat d'assurer à l'enfant un état, un emploi, une condition stable : constitution de dot, achat d'un office ministériel, d'un fonds de commerce, etc.[1]

713. — Le droit accordé au mari de disposer des biens de la communauté pour l'établissement des enfants communs n'est pas limité par le texte de l'article 1422, et nous croyons qu'en effet ce droit est sans limite, et peut aller jusqu'à la donation de tous les biens de la communauté à l'enfant commun.

M. Troplong combat cette solution, si la femme n'a pas de fortune personnelle et que la donation de tous les biens de la communauté la laisse sans ressources. « Il y aurait « fraude, dit-il, dans la conduite (du mari), s'il avait eu la

[1] Rodière et Pont, II, n° 110.

[2] Troplong, II, n°s 896-897 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 7, p. 327 ; Laurent, XXII, n° 13.

secrète pensée d'appauvrir et d'humilier sa femme, de « blesser son cœur de mère et d'épouse, et de la placer, « sans motifs légitimes, dans une dépendance dégradante « à l'égard de ses enfants. »[1] Cette restriction nous paraît inacceptable. L'article 1422, 1°, accorde d'une manière absolue au mari le droit de disposer des biens de la communauté pour l'établissement des enfants communs, et il est impossible de créer une restriction en dehors du texte. D'ailleurs, où s'arrêter dans cette voie ? Sans doute, le mari commet une action blâmable lorsqu'il dispose de la communauté au profit d'un enfant, sans se préoccuper de la situation qu'il crée pour l'avenir à la femme, si elle lui survit; mais plus blâmable encore est sa conduite, lorsqu'il dissipe le bien de la communauté, sans avoir égard ni à l'avenir de sa femme, ni à celui de ses enfants. Dans les deux cas, aux yeux de la loi, il ne fait qu'user des pouvoirs qui lui ont été donnés sur la communauté, dans l'intérêt du ménage : il en use, il est vrai, contrairement au vœu du législateur, mais il était impossible de restreindre l'exercice de ce droit, et de laisser aux tribunaux le soin de contrôler chacun des actes faits par le chef de la communauté.[2]

714. — D'après les termes mêmes de l'article 1422, le mari n'a le droit de donner soit des immeubles de communauté, soit une quotité du mobilier, que pour l'établissement des *enfants communs* : il ne pourrait pas user de ce droit pour établir des enfants qu'il aurait eus d'un précédent mariage.

On a voulu soutenir que l'article 1469 dérogeait à l'article 1422, et permettait au mari de donner aux enfants d'un premier lit soit des immeubles, soit une quotité du mobilier, puisque ce texte décide que chaque époux rap-

[1] II, n° 901.

[2] Cassation, 2 janvier 1844, Sirey, 44, 1, 9. — Laurent, XXII, n° 14-15.

porte, lors du partage de la communauté, « les sommes « qui ont été tirées de la communauté ou la valeur des « biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un « autre lit, ou pour doter personnellement l'enfant com- « mun. » On en conclut que le mari peut doter les enfants d'un premier lit avec des immeubles de communauté, à charge de récompense.

Nous ferons à cette objection deux réponses.

En premier lieu, l'article 1469, qui ne règle qu'une question de récompense, et qui est placé dans la section V, *Du partage de la communauté après l'acceptation*, ne peut avoir pour but de modifier les pouvoirs du mari, tels qu'ils sont écrits dans l'article 1422.

En second lieu, l'article 1469 peut se concilier avec l'article 1422, car l'article 1469 ne suppose pas nécessairement que l'enfant du premier lit a été doté en immeubles, et l'expression « biens » qu'il emploie peut s'entendre de biens meubles pris dans la communauté, et non d'immeubles. C'est la conciliation que la Cour de Cassation a donnée de nos deux textes :

« Attendu que les articles 1422 et 1469 doivent être en- « tendus de manière à concilier entre elles leurs disposi- « tions, en conservant chacune d'elles dans le cercle de « leur application ; que le droit de la femme commune se « réduit à une simple récompense, conformément à l'ar- « ticle 1469, dans le cas où le mari a doté son enfant d'un « autre lit avec des sommes ou des biens mobiliers de la « communauté dont la disposition ne lui était pas inter- « dite ; mais que si le mari a enfreint la prohibition de « l'article 1422, en donnant à son enfant d'un autre lit un « immeuble de la communauté, la femme ou ses héritiers « ont le droit d'exercer contre l'enfant donataire l'action « révocatoire, pour obtenir en nature la part qui leur re- « vient dans cet immeuble. »[1]

[1] Cassation, 14 août 1855, Sirey, 55, I, 776; et Dalloz, 55, I, 372. — *Sic* Nancy, 17 mai 1861, Sirey, 61, II, 473. — Rodière et Pont, II, n° 888 ; Laurent, XXII, n° 32.

715. — Le mari peut, disons-nous, constituer une dot à l'enfant commun avec des immeubles ou une quotité du mobilier de communauté : mais il ne peut stipuler, dans l'acte de donation, que la dot ne sera pas rapportable pour moitié à la succession de la femme, si elle accepte la communauté : cette dispense de rapport est valable pour la moitié qui serait rapportable à la succession du mari, mais elle est nulle pour la moitié rapportable à la succession de la mère. En effet, dispenser du rapport c'est disposer de la quotité disponible, et ce droit n'appartient qu'à la personne même de la succession de laquelle il s'agit : le mari ne peut disposer de la quotité disponible de la succession de sa femme.[1]

716. — L'article 1422, 2, apporte une seconde restriction au principe que le mari ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté : « Il peut, dit « ce texte, néanmoins disposer des effets mobiliers à titre « gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, « pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. »

Le mari peut donc disposer à titre gratuit des *effets mobiliers*, pourvu que ce soit à titre particulier : ce droit prend sa source, comme nous l'avons dit, dans le peu d'importance que les rédacteurs du Code attachaient à la fortune mobilière, mais nous allons avoir à examiner comment cette disposition doit être interprétée aujourd'hui, avec le développement considérable de la fortune mobilière en France.

717. — Nous croyons qu'en autorisant le mari à disposer « d'effets mobiliers à titre gratuit et particulier », le législateur a eu en vue des libéralités modiques, qui ne sont véritablement que des actes d'administration, dans le sens large que ce mot reçoit lorsqu'il s'agit des pouvoirs

[1] Douai, 26 janvier 1861, Sirey, 61, II, 372. — Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 12, p. 328.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 702.

du mari sur la communauté. Lorsque le mari, qui est à la fois le chef de la famille et le chef de la communauté, donne des objets mobiliers ou une somme d'argent peu importante, il fait un acte qui peut être dans l'intérêt bien entendu de la société conjugale dont il est le chef.

Mais l'article 1422, dans ses termes, n'apporte aucune limite au droit du mari de donner des effets mobiliers à titre particulier, et c'est à l'interprétation qu'il appartient de rechercher et de fixer cette limite.

718. — Constatons d'abord que l'expression « effets mo« biliers » comprend, conformément à l'article 535, tout ce qui est censé meuble d'après les articles 527 et suivants, c'est-à-dire non seulement le mobilier proprement dit, mais aussi l'argent comptant et les créances.[1]

Mais cette libéralité ne doit pas être excessive, eu égard à l'importance de la communauté. « L'excès de la dona« tion, disait Pothier, fait présumer la fraude. »[2] Cette idée est, à notre avis, aussi vraie aujourd'hui que dans notre ancien droit : la fraude fait exception à toutes les règles, et le pouvoir du mari de disposer des effets mobiliers ne va pas jusqu'à épuiser la communauté par des donations de ce genre.[3]

C'est ce qui arriverait si la donation unique faite par le mari d'effets mobiliers, de créances par exemple, comprenait la majeure partie de la communauté, ou si par des donations successives le mari épuisait presque complètement la communauté.[4]

719. — La doctrine que nous venons d'exposer, et qui paraît prévaloir en jurisprudence, a été, à notre avis, très

[1] Cassation, 18 mars 1862, Sirey, 62, I, 869, et Dalloz, 62, I, 885. — Rodière et Pont, II, n° 886.

[2] *Traité de la communauté*, n° 480.

[3] Troplong, II, n° 887.

[4] Rouen, 25 janvier 1860, Sirey, 61, II, 204, et Dalloz, 61, V, 86; Cassation, 18 mars 1862, Sirey, 62, I, 869, et Dalloz, 62, I, 285; Toulouse, 22 juillet 1865, Sirey, 66, II, 128, et Dalloz, 65, II, 162; Bordeaux, 16 janvier 1878, Sirey, 78, II, 252, et Dalloz, 79, II, 182.

bien formulée dans l'arrêt de la cour de Rouen du 25 janvier 1869.

« Attendu, dit l'arrêt, que l'article 1422, en permettant au « mari de disposer des effets mobiliers de la communauté « à titre gratuit, pourvu que ce soit à titre particulier et « à la condition de ne pas s'en réserver l'usufruit, n'a pu « entendre qu'il aurait le droit de disposer d'une masse « d'effets mobiliers, sous l'apparence d'une disposition à « titre particulier, lorsqu'en réalité ils composeraient plus « de la moitié du mobilier et de l'actif de la communauté ;

« Qu'autrement l'on arriverait à ce résultat dérisoire « que, tandis que le mari n'aurait pas pu donner des effets « mobiliers de la communauté jusqu'à concurrence d'un « dixième, par exemple, sous la forme d'une quotité fixe, « il disposerait valablement des 9/10, moyennant la facile « précaution de le dissimuler sous la forme d'une disposi- « tion particulière ;

« Que toute loi doit être entendue raisonnablement et « de façon à lui conserver sa puissance, sans qu'il soit per- « mis de l'éluder en faisant indirectement ce qu'elle inter- « dit de faire d'une manière directe ; qu'enfin les dona- « tions excessives des effets mobiliers de la communauté « sont, de la part du mari, justement suspectes et devien- « nent une véritable fraude à l'égard de la femme. »

M. Laurent critique avec vivacité la doctrine de cet arrêt :

« Nous demanderons à la cour, dit-il, en vertu de « quelle loi ou de quel principe elle limite le droit de dis- « poser, à titre particulier, à la moitié plutôt qu'au tiers « ou au quart ? Appartient-il au juge de fixer une limite « arbitraire au-delà de laquelle la donation sera nulle ? Le « reproche d'absurdité s'adresse au législateur, il ne nous « touche pas. Comment la cour n'avait-elle pas vu que sa « décision prête au même reproche ? Le mari ne peut pas « donner un dixième à titre universel, et il peut donner « une moitié à titre particulier ! Il n'y a qu'une voie légale « d'attaquer les donations excessives, c'est de prouver

« que le mari les a faites en fraude des droits de la femme.
« La cour de Rouen invoque la fraude. Voilà un principe,
« mais ce principe n'a rien de commun avec la valeur des
« biens donnés. »[1]

Ces critiques ne nous paraissent pas fondées : nous croyons, avec la cour de Rouen, que le législateur n'a pas pu admettre cette inconséquence, qu'une donation serait valable ou nulle, non pas en elle-même et à raison de son importance, mais à raison de sa forme : nulle si le mari a donné l'universalité ou une quote-part du mobilier, valable s'il a donné la même quantité, mais par une ou par des dispositions qualifiées à titre particulier.

La vérité nous paraît être dans le système adopté par Pothier ; la donation excessive est réputée frauduleuse. On objecte qu'il n'appartient pas au juge de fixer une limite arbitraire : nous répondrons que la limite n'est point arbitraire ; les tribunaux rechercheront, dans chaque affaire, si la donation est excessive eu égard à la valeur de l'ensemble des biens de la communauté, et, dans le cas de l'affirmative, en prononceront la nullité.

Sans doute, pour savoir si la donation est excessive, les tribunaux devront aussi interroger les circonstances de la cause, la qualité du donataire, etc.[2] Mais, du moment où l'excès est évident, nous croyons que la donation devra être annulée, sans qu'il y ait besoin d'autres circonstances que son excès même pour prouver qu'il y a fraude aux droits de la femme.

720. — Le mari peut donner des effets mobiliers de la communauté à titre gratuit et particulier à tout le monde, à des étrangers, à des enfants qu'il aurait eus d'un premier lit, à la femme elle-même : l'article 1422, rapproché de l'article 1469, lui donne le droit d'en disposer ainsi d'une façon absolue, quel que soit le donataire.

[1] XXII, n° 18.

[2] *Compar.* Tribunal de Langres, 19 décembre 1878, Dalloz, 80, II, 124. — Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 9, p. 327.

Si la donation est faite à un étranger, le mari ne devra, en principe, aucune récompense à la communauté pour le montant de la donation : c'est ce qui résulte, d'abord, du texte de l'article 1469, qui n'oblige l'époux à rapporter à la communauté que les sommes qu'il a prises pour doter un enfant d'un autre lit ; c'est ce qui ressort aussi de l'idée fondamentale des récompenses, qui ne sont dues que dans le cas où l'un des époux s'est enrichi aux dépens de la communauté ; c'est enfin la conséquence de cette idée qu'en donnant dans les limites de l'article 1422, le mari ne fait qu'user des droits qui lui sont conférés comme maître de la communauté.[1]

La solution devrait être la même si la donation était faite non au profit d'étrangers, mais au profit de parents du mari au degré successible, autres que des enfants d'un premier lit : même dans cette hypothèse, l'article 1469 est inapplicable, et le mari a le droit de dire qu'il a agi en vertu de l'article 1422 et comme chef de la communauté, et qu'il ne doit aucun rapport.[2]

721. — Nous croyons toutefois, avec M. Beudant,[3] qu'il ne faut pas conclure du rapprochement des articles 1422 et 1469 qu'aucune donation faite par le mari à un de ses parents, ou même à un étranger, ne devra donner lieu à récompense.

Sans doute, l'article 1469 n'oblige le mari à récompense que si la donation est faite à des enfants qu'il aurait eus d'un premier lit, mais il faut, comme le fait remarquer avec raison M. Beudant, ne pas isoler l'article 1469 de l'article 1437, qui domine toute la matière des récompenses, et qui décide que l'époux devra récompense à la communauté toutes les fois qu'il aura tiré un profit personnel des biens de la communauté.

[1] Cassation, 18 mars 1862, Sirey, 62, I, 869, et Dalloz, 62, I, 285. — Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 11, p. 328.

[2] Cassation, 30 avril 1862, Sirey, 62, I, 1035, et Dalloz, 62, I, 522. — Rodière et Pont, II, n° 885.

[3] *Note* dans Dalloz, 1870, I, 5 et suiv.

Or, il peut arriver, en fait, qu'en donnant à un parent collatéral ou même à un étranger, le mari acquitte une dette qui lui est personnelle : c'est ce qui arrivera, par exemple, s'il dote un parent collatéral dont il est, à raison des circonstances, moralement obligé d'assurer l'avenir, ou si la libéralité qu'il fait à un étranger n'est qu'une donation rémunératoire, la récompense d'un service qui lui a été rendu.

Dans ces hypothèses et autres analogues, le mari devra récompense non pas en vertu de l'article 1469, mais en vertu du principe général de l'article 1437, et, à ce point de vue, nous croyons que M. Beudant a raison de critiquer la théorie de l'arrêt précité du 30 avril 1863, lorsqu'il porte que « la disposition de l'article 1469 est absolument limi« tative. »

Voici toutefois la différence importante qui sépare la donation faite à des enfants d'un premier lit de la donation faite à d'autres parents ou à des étrangers ; c'est que, dans le premier cas, il y a lieu à récompense, sans que l'on ait à prouver que la donation a enrichi le mari, tandis que, si elle est faite à des collatéraux ou à des étrangers, la femme ou ses héritiers devront prouver par les circonstances de la cause que le mari a tiré un profit personnel de la donation.

722. — Si la donation est faite par le mari à un enfant qu'il a eu d'un premier lit, le mari en doit récompense à la communauté, aux termes de l'article 1469 ; c'est, comme nous l'avons dit, l'application du principe écrit dans l'article 1437 ; le mari s'enrichirait aux dépens de la communauté, s'il pouvait faire acquitter définitivement par elle l'obligation naturelle qui lui incombe de doter les enfants nés de son premier mariage.[1]

[1] Cassation, 13 janvier 1862, Sirey, 62, I, 289, et Dalloz, 62, I, 64. — Rodière et Pont, II, n° 885 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 8, p. 327.

L'article 1469 ne parle que des libéralités faites dans le but de doter l'enfant du premier lit : faudra-t-il leur assimiler les libéralités faites par le mari à cet enfant en dehors de toute constitution de dot, par exemple pour permettre à l'enfant de s'établir ?

La Cour de cassation a jugé que l'article 1469 devait être interprété limitativement, et que, du moment où il ne s'agissait pas d'une constitution de dot, le mari n'était pas tenu à récompense : « Attendu, dit la Cour, que si l'article « 1469 exige le rapport à la communauté de la valeur des « biens que l'un ou l'autre des époux y a pris pour doter « un enfant d'un autre lit, la loi ne dispose point ainsi pour « le cas où le mari, agissant dans les termes de l'article « 1422, ou bien avec le concours de la femme, a valable- « ment puisé dans la communauté, non pas pour doter, « mais pour gratifier d'une simple libéralité l'enfant né « d'une précédente union, et déjà marié et doté. »[1]

Nous croyons tout à fait, pour notre part, que le mari doit récompense pour toute libéralité par lui faite à l'enfant du premier lit, sauf la restriction que nous indiquerons au numéro suivant, et cela qu'il s'agisse ou non de doter cet enfant. M. Beudant a, selon nous, victorieusement établi cette thèse.[2]

L'éminent jurisconsulte démontre d'abord que telle était la portée de l'incapacité du mari de disposer au profit des enfants du premier lit, dans notre ancien droit :

« Il y a lieu à récompense, disait Pothier, non seule- « ment lorsque l'un des conjoints a été avantagé lui-même « aux dépens de la communauté, mais encore lorsque le « mari a donné des biens de la communauté à ses enfants « d'un précédent mariage ou même à des collatéraux ; car « il peut bien les donner à des étrangers, mais il ne peut pas « en *avantager les siens* en fraude de la part de la femme. »[3]

[1] 23 juin 1869, Sirey, 69, I, 358, et Dalloz, 70, I, 5.
[2] *Note précitée* dans Dalloz, 1870, I, 5.
[3] *Introduct. à la coutume d'Orléans*, n° 130.

« Ces termes, continue M. Beudant, sont généraux : ils « comprennent les donations, toutes les donations ; les « auteurs qui ont écrit depuis Pothier se sont tous et tou- « jours exprimés de la même manière. Et, en effet, quelles « raisons y aurait-il de distinguer ? Autant la donation « faite par le mari aux enfants communs est naturelle et « respectable, autant la loi s'inquiète des donations faites « avec les biens de la communauté aux enfants d'un autre « lit ; c'est en vue de celles-ci que l'article 1422 limite le « droit du mari de disposer des biens communs à titre « gratuit entre vifs ; c'est parce que la nécessité du rapport « est alors évidente que l'article 1469 le prescrit expres- « sément. Il ne vise, il est vrai, que le cas de dot : c'est que « la constitution de dot étant, en quelque sorte, l'acquitte- « ment d'une dette naturelle, à tout le moins d'un devoir « personnel, il n'est pas douteux que le mari, en dotant un « enfant d'un premier lit, ne dispose des biens communs « pour ses affaires personnelles ; mais ce mot *doter* n'est « pas pris dans un sens exclusif : il est pris dans le même « sens large que le mot *établir* dans les articles 204, 851, « 1522, 1427 C. Nap. ; il désigne toute disposition à titre « gratuit pouvant procurer aux enfants une existence in- « dépendante ; il embrasse tous les moyens de les mettre « en mesure de se suffire à eux-mêmes. D'ailleurs, même « en admettant que l'article 1469, pris isolément, ait en- « tendu ne faire allusion qu'aux donations faites en vue « du mariage et par contrat de mariage, toutes autres do- « nations faites aux enfants d'un lit précédent ne seraient « pas moins soumises au rapport, par application de l'ar- « ticle 1437, qui reste le principe général, et dont l'article « 1469 n'est qu'une application. »

La démonstration nous paraît péremptoire.

Toutefois, il y a un point sur lequel nous ne partageons pas l'opinion du savant doyen de la Faculté de Paris : c'est à propos du sens du mot *doter*. Nous croyons que ce mot n'est employé dans le Code que dans un sens très limité, et

qu'il ne s'entend que des libéralités faites en vue d'un établissement par mariage (articles 1540 et suiv.) : mais, si le législateur n'a prévu que ce mode de libéralité, parce qu'il était le plus fréquent et le plus grave de ceux par lesquels le mari pouvait faire payer par la communauté une dette qui lui incombe, les autres libéralités demeurent soumises à la règle générale de l'article 1437.

722. I. — Depuis que nous avons écrit les lignes qui précèdent, la Cour de cassation paraît avoir modifié sa jurisprudence, et avoir admis qu'il y a lieu à récompense pour toute libéralité faite à l'enfant du premier lit, qu'il s'agisse ou non d'une constitution de dot. Dans l'espèce sur laquelle la Cour de cassation avait à statuer, l'un des époux avait pris une somme dans la communauté pour acheter à son enfant du premier lit un immeuble et un fonds de commerce, et payer sa prime de volontariat. La cour d'appel avait jugé qu'il y avait lieu à récompense, par application de l'article 1437 : la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, au rapport de M. le conseiller Demangeat, et nous tenons à citer le passage suivant de son rapport, qui est en complète harmonie avec la théorie que nous avions défendue au numéro précédent, dans la première édition de ce traité :

« Si la décision attaquée, dit l'éminent magistrat, ne pou-
« vait s'appuyer que sur l'article 1469, nous n'hésiterions
« pas à vous proposer l'admission du pourvoi : il nous
« paraît impossible, en effet, de dire que, dans l'espèce,
« les sommes tirées de la communauté l'ont été pour *doter*
« l'enfant du premier lit de la femme. Mais, indépendam-
« ment de l'article 1469, nous trouvons dans le code l'ar-
« ticle 1437, aux termes duquel toutes les fois qu'il est
« pris sur la communauté une somme pour acquitter les
« dettes ou charges personnelles à l'un des époux, et
« généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré
« un profit personnel des biens de la communauté, il en
« doit la récompense. Voilà une règle générale dont l'arti-

« clé 1469 contient simplement une application particu-
« lière. »[1]

723. — Le mari doit récompense à la communauté, disons-nous, toutes les fois qu'il aura disposé d'effets mobiliers pour faire une libéralité à l'enfant né d'un premier mariage : mais nous croyons qu'il ne devrait aucune récompense, même dans cette hypothèse, si la libéralité par lui faite ne consistait qu'en présents de peu d'importance, en cadeaux d'usage. Le même motif qui a fait dispenser ces libéralités de rapport dans les successions, aux termes de l'article 852, doit les soustraire à la règle des récompenses : ces cadeaux d'usage, qui se prennent sur les revenus, qui n'entament pas le capital de la communauté, n'ont pas appauvri la communauté pour enrichir le mari, et, par suite ne peuvent donner lieu à récompense.[2]

724. — Par exception aux principes que nous venons d'exposer, le mari ne peut donner, même à titre particulier, les effets mobiliers de la communauté, s'il s'en réserve l'usufruit : en le décidant ainsi dans l'article 1422, le législateur a craint, non sans raison, que le mari ne donnât d'autant plus facilement qu'il n'éprouverait aucun préjudice de la libéralité par lui faite. S'il veut réellement être libéral, comme l'article 1422 lui en donne le droit, qu'il fasse peser sa libéralité sur lui et sur sa femme, mais qu'il ne dépouille pas sa femme sans se dépouiller lui-même.

725. — La donation avec réserve d'usufruit faite par le mari est nulle, non seulement si l'usufruit est réservé à son profit exclusif, mais aussi s'il est réservé au profit du mari et de la femme.

Il est vrai que, dans cette hypothèse, le mari fait une situation moins mauvaise à la femme, puisqu'il réserve l'usu-

[1] *Sic* Cassation, 14 avril 1886, Sirey, 86, I, 289; Dalloz, 87, I, 169; et *Pandectes Françaises*, 87, I, 241. — *Compar.* Labbé, *Rev. crit.*, 1887, p. 433 et suiv.

[2] Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 90.

[3] Douai, 28 décembre 1867, Sirey, 68, II, 13, et Dalloz, 70, I, 5.

fruit au profit de celle-ci en même temps que pour lui-même. Mais cette donation n'en est pas moins une donation avec réserve d'usufruit à son profit, et cela suffit, d'après le texte de l'article 1422, pour en faire prononcer la nullité. Nous ajoutons que cette solution est désirable, car le mari serait bien plus porté à donner les effets mobiliers de la communauté, si, grâce à la réserve d'usufruit qu'il aurait stipulée, ses revenus ne devaient pas s'en trouver diminués.

726. — Au contraire, la donation avec réserve d'usufruit par le mari avec le concours de la femme devrait être considérée comme valable : nous avons établi en effet que même les biens immeubles dépendant de la communauté pouvaient être donnés entre vifs par le mari et la femme, qui doivent en être considérés comme les propriétaires indivis pendant la durée de la communauté.[1] S'il en est ainsi d'une donation pure et simple d'immeubles, sans aucune réserve au profit des époux, à plus forte raison doit-il en être ainsi d'une donation d'effets mobiliers avec réserve d'usufruit : cette donation est réputée moins importante par le législateur, puisqu'elle ne porte que sur des meubles ; et, d'un autre côté, le sacrifice que les époux y font est moins grand, puisqu'ils se réservent l'usufruit des effets mobiliers par eux donnés.[2]

727. — La réserve d'usufruit que le mari fait à son profit, et qui a pour effet d'annuler la donation, résultera le plus souvent de l'acte de donation lui-même : il n'y a en pareil cas aucune difficulté, et la production de l'acte de donation suffit pour en faire prononcer la nullité.

Mais, si l'acte ne renferme aucune clause de ce genre, et ne contient en apparence qu'une donation pure et simple, sans aucune réserve, comment la femme pourra-t-elle éta-

[1] *Suprà*, Tome II, n° 702.

[2] Paris, 23 novembre 1861, Dalloz, 62, II, 106; Cassation, 23 juin 1869, Sirey, 69, I, 358, et Dalloz, 70, I, 5.

blir que, dans la réalité des faits, il y avait une réserve d'usufruit au profit du mari, réserve convenue entre le mari donateur et le tiers donataire ? Il faut décider que cette réserve d'usufruit pourra être établie par tous les genres de preuve, même par témoins ou par présomptions. Le mari a commis un quasi-délit, une fraude à la loi, et cette fraude peut être établie par tous les genres de preuve, par exception à l'article 1341, et par application de l'article 1348, 1°.[1]

728. — II. *Le mari ne peut disposer par testament au-delà de sa part dans les biens de la communauté.* — Aux termes de l'article 1423, le mari ne peut disposer par testament au-delà de sa part dans la communauté ; et, s'il lègue un effet de la communauté, le légataire aura le droit de le réclamer en nature, s'il tombe dans le lot des héritiers du mari, et d'en obtenir la valeur, s'il tombe dans le lot de la femme.

Ce texte renferme une double dérogation au droit commun : il déroge d'abord à la règle de l'article 1421, qui permet au mari de disposer des biens de la communauté en lui interdisant d'en disposer par testament au-delà de sa part. Cette dérogation est empruntée à notre ancien droit, et voici comment Pothier l'expliquait :

« Du principe que le droit du mari, qui est seigneur pour « le total des biens de la communauté pendant qu'elle dure, « est par sa dissolution réduit à la moitié, il suit aussi qu'il « ne peut disposer par testament des biens de la commu- « nauté que pour la moitié : car les dispositions testamen- « taires n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, le mari « ne peut disposer par testament que du droit qu'il se trou- « vera avoir, lors de sa mort, dans les biens de la commu- « nauté. Or, lors de sa mort, il n'y a plus que la moitié, « puisque sa mort a opéré la dissolution de la commu- « nauté, et réduit en conséquence à la moitié son droit

[1] Dijon, 14 juillet 1879, Sirey, 79, II, 261, et Dalloz, 80, II, 124.

« dans les biens de la communauté. La plupart des coutu-
« mes s'en expliquent en termes formels. »[1]

On peut ajouter aujourd'hui un motif à celui que donnait Pothier : c'est que la même idée qui a fait défendre au mari la donation entre vifs des biens de la communauté par le mari (article 1422) devait amener la prohibition du legs ; le legs, pas plus que la donation, ne peut être un acte d'administration, et on peut répéter à propos des legs ce que le tribun Siméon disait des donations :

« Si l'administration exige des sacrifices, ils doivent
« avoir une indemnité que la disposition à titre gratuit ne
« peut pas donner. »[2]

729. — L'article 1423 déroge, en second lieu, aux dispositions de l'article 1021 : aux termes de ce dernier article, qui constitue, comme on le sait, une innovation législative, le legs de la chose d'autrui est nul, que le testateur ait su ou qu'il ait ignoré que la chose léguée ne lui appartenait pas.

Or, d'après l'article 1423, si le mari lègue un effet de la communauté et que cet effet ne tombe pas dans le lot de ses héritiers, le legs n'en est pas moins valable, en ce sens que les héritiers du mari devront tenir compte au légataire de la valeur totale de l'objet légué. C'était la solution de notre ancien droit, lorsqu'il était certain par les termes du testament que le mari avait voulu léguer l'objet total : « Il
« n'est pas douteux en ce cas, disait Pothier, que les héri-
« tiers du mari doivent, ou s'accommoder avec la veuve de
« la part qu'elle a dans la chose léguée, pour la délivrer en
« entier au légataire, ou, s'ils ne peuvent s'en accommoder
« avec elle, ils doivent payer au légataire l'estimation. »[3]

Mais cette disposition, qui s'expliquait très-bien sous une législation où le legs de la chose d'autrui était valable,

[1] *Traité de la communauté*, n° 475.
[2] *Suprà*, Tome II, n° 700.
[3] *Traité de la communauté*, n° 478.

lorsque le testateur avait su qu'il léguait la chose d'autrui, est beaucoup plus difficile à comprendre en présence de l'article 1021, qui déclare nul dans tous les cas le legs de la chose d'autrui. Comment expliquer que ce legs, nul en général, soit valable lorsqu'il s'agit d'effets de la communauté légués par le mari ?

Plusieurs interprétations de ce texte ont été proposées :[1] voici celle qui nous paraît la meilleure. Le mari a sur la communauté des pouvoirs très étendus pendant qu'elle dure, et, à sa dissolution, il a plus de chance qu'un copropriétaire indivis ordinaire d'être propriétaire des biens qui la composent ; il peut en effet compter non-seulement sur les résultats du partage pour mettre tel ou tel objet dans son lot, mais aussi sur la renonciation de la femme à la communauté, renonciation qui lui attribue tout le patrimoine de la communauté.

On peut donc dire qu'en disposant par testament d'un bien de la communauté, le mari, habitué à disposer en maître des biens de la communauté, a eu la ferme volonté de donner ce bien au légataire qu'il instituait : voilà pourquoi le législateur, s'inspirant de la volonté certaine du testateur, a pu décider que si l'objet légué ne tombe pas dans le lot de ses héritiers, ils devront en payer la valeur au légataire.[2]

730. — Le mari ne peut, disons-nous avec l'article 1423, disposer que de sa part dans la communauté : mais, comme le montant de cette part est subordonné au parti que la femme prendra sur son acceptation ou sa renonciation, il s'ensuit que le mari peut léguer plus de la moitié de la communauté, qu'il peut même léguer toute la communauté.

Cette disposition ne sera pas nulle, si la femme accepte la communauté, elle sera seulement réductible à la part

[1] *Voir* Duranton, IX, n° 247; Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*, II, n° 1950; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 92; Rodière et Pont, II, n° 892 et suiv.

[2] Colmet de Santerre, VI, n° 87 bis IV; Laurent, XXII, n° 24.

attribuée aux héritiers du mari, sauf au légataire à obtenir d'eux la valeur en argent de la portion du legs fait par le mari qui ne pourra pas être délivrée en nature.[1]

731. — Si le mari fait son testament après la dissolution de la communauté, mais avant qu'il ait été procédé à la liquidation et au partage, peut-il user du droit que lui confère l'article 1423, et le legs qu'il aurait fait d'un bien de la communauté est-il valable, même si ce bien ne tombe pas dans son lot ?

La question est très discutée.

Pour soutenir la validité du legs, voici comment on raisonne : l'article 1423, en permettant au mari de léguer les biens de la communauté, ne restreint nullement cette disposition à l'hypothèse où la communauté n'est pas dissoute. On ajoute que les motifs sont les mêmes pour donner au mari le pouvoir de léguer les biens de communauté, que la communauté soit dissoute ou non.

« Que le mari ait testé pendant ou après le mariage, « disait M. l'avocat général Charrier dans ses conclusions « devant la Cour de Paris lors d'un arrêt du 6 mai 1861, « qu'importe ? Dans l'un comme dans l'autre cas, il a fait « un acte qui ne pouvait avoir effet qu'après la dissolution « de la communauté ; dans l'un comme dans l'autre cas, il « s'est trouvé en face de ce qui pouvait lui échoir selon les « chances incertaines de l'avenir ; mais, dans les deux cas, « il a eu la volonté de léguer cette valeur ; et comme, en « définitive, c'est sur ses biens seulement que cette va- « leur doit être prélevée, et que ni la femme ni ses héri- « tiers n'auront à en souffrir, on ne voit pas pourquoi on « adopterait des solutions différentes là où il y a identité « de motifs. »

L'opinion contraire, qui a été adoptée par la Cour de

[1] Rodière et Pont, II, n° 892.

[2] *Sic* Rodière et Pont, II, n° 894 ; Duranton, *Note* dans Sirey, 1861, II, 322 ; *Note* dans Dalloz, 62, II, 161.

Paris,[1] nous semble plus en harmonie avec le caractère tout exceptionnel de la disposition de l'article 1423.

Ce texte constitue, ainsi que nous venons de le dire, une dérogation à l'article 1021, assez difficile à expliquer, sauf peut-être, ainsi que nous l'avons fait, par la situation spéciale du mari chef de la communauté. De là découlent deux conséquences : la première, que l'article 1423 ne peut être étendu au delà de l'hypothèse qu'il prévoit ; la seconde, que du moment où le mari n'est plus chef de la communauté, il n'est plus qu'un propriétaire indivis comme un autre, soumis à la règle générale de l'article 1021, et non à la disposition exceptionnelle de l'article 1423.

On objecte, il est vrai, que l'article 1423 ne distingue pas si la communauté est dissoute ou non : mais la Cour de Paris a très bien répondu que l'article 1423 n'avait pas à faire cette distinction, car elle résulte suffisamment de la place que ce texte occupe, dans la section II du chapitre II, intitulée *De l'administration de la communauté et de l'effet des actes de l'un ou de l'autre époux relativement à la société conjugale*, alors que le Code ne traite que dans la section suivante de la dissolution de la communauté et de ses suites. C'est donc en vue de la société conjugale existante, de la communauté non dissoute et gouvernée par le mari qu'est écrit l'article 1423.

Ajoutons qu'après la dissolution de la communauté la situation du mari n'est plus la même : il sait qu'il n'a plus sur la communauté dissoute que des droits égaux à ceux de sa femme, et, s'il fait un legs des biens de la communauté, le legs doit être valable ou nul suivant les résultats du partage.

732. — La solution que nous venons d'adopter, à propos du legs fait par le mari après la dissolution de la communauté, va nous servir à résoudre une autre question non

[1] 6 mai 1861, Sirey, 61, II, 322, et Dalloz, 62, II, 161. — *Sic* Laurent, XXII, n° 37.

moins controversée : la femme peut-elle léguer valablement un bien de communauté, en ce sens que si le bien légué ne tombe pas dans le lot de ses héritiers, ceux-ci soient obligés d'en payer la valeur au légataire ?

Pour nous, la négative résulte nécessairement des idées que nous avons développées au numéro précédent : si, comme nous l'avons dit, l'article 1423 apporte une exception à l'article 1021, il faut l'interpréter restrictivement, et l'article 1423 ne parle que du legs fait par le mari, point du legs fait par la femme.

D'un autre côté, si le droit donné par l'article 1423 au mari repose sur l'étendue des pouvoirs qui lui appartiennent comme chef de la communauté, et sur la perspective qu'il a de devenir propriétaire exclusif des biens qui la composent par la renonciation de la femme, ni l'un ni l'autre de ces motifs ne militent en faveur de la femme ; celle-ci est presque étrangère à la communauté pendant sa durée, et elle n'en aura jamais plus de la moitié, si elle l'accepte.

Notre conclusion est donc que le legs fait par la femme d'un bien de communauté, valable si ses héritiers acceptent la communauté, est nul s'ils y renoncent, ou s'ils l'acceptent, mais que le bien légué ne tombe pas dans leur lot.[1]

733. — L'article 1423, qui permet au mari de léguer des biens de communauté, est rédigé dans des termes généraux : il doit donc être appliqué à tout légataire, même à la femme instituée légataire par son mari, et celle-ci pourra, si l'objet légué tombe dans son propre lot, en réclamer la valeur aux héritiers de son mari.

Mais, si c'est la femme qui est ainsi instituée légataire d'un bien de communauté, les tribunaux devront examiner

[1] Besançon, 10 décembre 1862, Sirey, 63, II, 55. — Marcadé, V, article 1423, IV; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 17, p. 330; Colmet de Santerre, VI, n° 67 *bis* V; Laurent, XXII, n° 35. — *Contrà*, Duranton, XIV, n° 280; Rodière et Pont, II, n° 895.

avec soin, d'après les termes du testament, quelle a été l'intention du *de cujus*. Il peut se faire en effet que le mari n'ait entendu léguer ce bien que pour la part qui lui appartenait, et non pour celle qui appartenait à la femme. Si telle paraît avoir été l'intention du testateur, voici comment on devra procéder à la liquidation de la communauté : le bien légué sera prélevé avant tout partage par la femme, puis le surplus de la communauté sera partagé entre la femme et les héritiers du mari.

Si, au contraire, il ressort du testament que le mari a entendu léguer à sa femme le bien dont il s'agit ou sa valeur, dans les termes de l'article 1423, on procèdera d'abord au partage de la communauté : si le bien légué tombe dans le lot du mari, la femme en demandera la délivrance ; et s'il tombe dans son lot, à elle, elle en demandera la valeur intégrale aux héritiers du mari.[1]

734. — III. *Le mari ne peut aliéner à titre onéreux des biens de communauté en fraude des droits de sa femme.* — Cette exception au droit de disposition du mari sur les biens de la communauté remonte à notre ancien droit, ainsi que nous l'avons déjà dit, et nous rappelons notamment le passage de Pothier que nous avons cité plus haut :[2] « Ces dispositions (faites par le mari) ne sont valables, « dit-il, qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude « de la part que la femme et les héritiers de la femme ont « droit d'y avoir lors de la dissolution de la communauté ; « il ne peut surtout s'en avantager, ni ses héritiers, au « préjudice de cette part. »[3]

Aucun texte du Code ne consacre formellement cette prohibition, mais cela était inutile : c'est un principe général que la fraude fait exception à toutes les règles, et il

[1] Cassation, 18 mars 1862, Sirey, 62, I, 869, et Dalloz, 62, I, 285. — Rodière et Pont, II, n° 893 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 18, p. 331 ; Laurent, XXII, n° 36.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 685.

[3] *Traité de la communauté*, n° 467.

n'était pas nécessaire de dire que le mari ne pourra aliéner la communauté en fraude des droits de sa femme, pas plus qu'il n'est nécessaire de le dire pour les actes de l'associé vis-à-vis de son associé, du mandataire vis-à-vis de son mandant, etc...

D'ailleurs l'article 1422 contient une application de ce principe, à propos des actes à titre gratuit, lorsqu'il décide que le mari ne pourra donner des effets mobiliers à titre particulier, en s'en réservant l'usufruit : c'est que de pareilles donations sont suspectes, et qu'il est à craindre que le mari n'y sacrifie trop facilement les droits de sa femme dans la communauté, en faisant respecter les siens propres.

On a fait, contre la théorie que nous exposons, deux objections : la première, que la femme n'ayant aucun droit sur les biens de la communauté tant qu'elle dure, le mari ne pouvait faire fraude à des droits qui n'existaient pas encore, et qui ne naîtraient qu'au moment de la dissolution ; la seconde, que l'article 271, en déclarant annulables pour cause de fraude les actes passés par le mari depuis l'ordonnance de comparution, en cas de divorce, avait restreint à cette unique hypothèse le droit de la femme de faire annuler comme frauduleux les actes du mari.

Nous répondrons à la première objection qu'il n'est pas exact que la femme n'ait aucun droit tant que dure la communauté : sans doute, l'étendue des droits accordés au mari paralyse le plus souvent l'exercice des droits de la femme, mais elle n'en est pas moins une associée, et c'est à ce titre que nous lui avons reconnu la faculté de donner, conjointement avec son mari, les immeubles de la communauté.

Quant à l'objection tirée de l'article 271, voici notre réponse : lorsque les rédacteurs du Code ont écrit le titre *Du divorce*, ils ont été préoccupés, avec raison, de l'abus que le mari pourrait faire de ses pouvoirs, au cours de l'instance en divorce, et ils ont écrit l'article 271 : puis,

plus tard, au titre *Des obligations*, ils ont édicté l'article 1167, article général dont l'article 271 n'est qu'une application, et qui suffit pour affirmer que la femme peut, comme tout propriétaire ou tout créancier, faire annuler les actes accomplis en fraude de ses droits.[1]

735. — Les actes frauduleux les plus fréquents du mari sont ceux dans lesquels il procurera, au détriment de la communauté, un avantage personnel à lui-même ou aux siens, à des enfants qu'il aurait eus d'un premier mariage, par exemple.

Telle serait la vente simulée ou la vente à vil prix faite en apparence à un tiers, en réalité au mari, vis-à-vis duquel ce tiers n'est qu'une personne interposée. Tel serait encore le bail de l'un des immeubles de communauté, fait par le mari à un prix dérisoire à l'un de ses enfants d'un premier lit, ou à l'un de ses héritiers présomptifs.

736. — Il y aura encore acte frauduleux, inopposable à la femme, si le mari, sans essayer de s'enrichir ou d'enrichir les siens aux dépens de la communauté, fait des actes ruineux pour la communauté, dans le seul but d'anéantir ou du moins de diminuer la part revenant à la femme dans la communauté.

Cette catégorie d'actes frauduleux est plus rare que la première : lorsque le mari est assez peu honnête pour faire fraude aux droits de sa femme, il essaie de s'enrichir de ce dont il l'appauvrit, et de satisfaire en même temps sa haine et sa cupidité.

Cependant, pour être plus rares que les premiers, ces actes sont encore plus fréquents qu'on ne le croirait : plus l'affection des époux l'un pour l'autre est un sentiment profond et capable de susciter les dévouements les plus

[1] Colmar, 25 février 1857, Sirey, 57, II, 321, et Dalloz, 57, II, 88; Bordeaux, 7 février 1878, Sirey, 78, II, 258, et Dalloz, 79, II, 124. — Troplong, II, nos 872 et suiv.; Rodière et Pont, II, nos 875-876; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 4, p. 826; Colmet de Santerre, VI, no 65 *bis* V; Laurent, XXII, no 40.

sublimes, plus vive aussi est la haine qui les anime, lorsque la haine a remplacé l'affection : *optimi corruptio pessima!* Il faut donc se garder d'écarter, sans examen et comme invraisemblable, l'allégation de la femme que le mari a aliéné les biens de la communauté dans le seul but de la ruiner elle-même.

737. — La preuve du caractère frauduleux de ces actes du mari sera assez difficile à rapporter : cependant il est possible de faire cette preuve, soit par l'acte considéré en lui-même, soit par les circonstances dans lesquelles il a été fait.

C'est ainsi, par exemple, que l'on pourra considérer comme frauduleuse la vente d'un bien de communauté à un prix inférieur à la valeur réelle de l'immeuble, encore que cette infériorité ne fût pas suffisante pour que la vente pût être attaquée pour lésion de plus de sept douzièmes.[1]

C'est ainsi encore que l'on pourrait annuler pour fraude la vente d'une notable partie des biens de la communauté, si la femme était gravement malade au moment de cette aliénation : la nullité devrait être prononcée surtout si la vente était faite moyennant une rente viagère constituée sur la tête du mari.[2]

La nullité devrait encore être admise si, au moment de la vente, le mari vendeur était lui-même gravement malade, et que la vente eût lieu, par exemple, moyennant une rente viagère peu élevée constituée sur sa tête.[3]

738. — Dans ces hypothèses et autres analogues, dans lesquelles la femme pourra rapporter la preuve de la fraude accomplie par le mari, elle pourra agir, d'abord, contre le mari ou les héritiers du mari, pour être indemnisée par eux du préjudice que l'acte frauduleux lui aura causé.

[1] *Arrêt précité* de Colmar, 25 février 1857.
[2] *Arrêt précité* de Bordeaux, 7 février 1878.
[3] Laurent, XXII, n° 421.

Mais elle pourra aussi agir directement contre les tiers qui ont traité avec le mari, s'ils ont été complices de la fraude accomplie par celui-ci. C'est le principe admis pour l'interprétation de l'article 1167,[1] et il y a lieu d'en faire ici l'application.[2]

Mais, quelle que soit la voie que la femme choisisse, elle ne peut agir qu'après la dissolution de la communauté, et si elle l'accepte : il est évident que si elle y renonce, elle ne peut soutenir que les actes de disposition ou d'obligation du mari ont été contractés en fraude de ses droits, puisque, par sa renonciation, elle est et elle a toujours été étrangère à la communauté.[3]

739. — L'article 271 fournit, ainsi que nous venons de le dire, une application du principe que le mari ne peut disposer des biens de la communauté en fraude de la femme : ce texte déclare formellement que toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, et toute aliénation d'immeubles communs, postérieure à l'ordonnance de comparution des parties au cas de divorce prévue par l'article 238, seront annulées s'il est prouvé qu'elles ont eu lieu en fraude des droits de la femme.

L'article 270 va plus loin ; après avoir consacré le droit pour la femme de faire apposer les scellés, au début de l'instance en divorce, sur les effets mobiliers de la communauté, l'article ajoute que le mari devra représenter les choses inventoriées ou répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. Il suit de là qu'à la différence des immeubles, dont l'aliénation ne sera annulée que si la fraude est prouvée, l'aliénation des meubles faite par le mari est nulle en elle-même, en dehors de toute idée de fraude,

[1] Demolombe, *Cours du code civil*, XXV, n° 126, et suiv.; et notre *Etude sur l'action Paulienne*, p. 168 et suiv.

[2] *Arrêt précité* de Bordeaux, 7 février 1878. — Aubry et Rau, V, § 509, p. 326.

[3] Cassation, 31 juillet 1872, Dalloz, 73, I, 340. — Laurent, XXII, n° 40.

sous la réserve des droits de l'acquéreur de bonne foi ; le mari pourrait seulement, au cas de nécessité, se faire autoriser par justice à faire cette aliénation.[1]

On admet, aujourd'hui, généralement, que ces deux textes sont applicables à la femme qui plaide en séparation de corps, et en effet l'analogie des deux situations est évidente.[2]

740. — A la théorie des actes frauduleux du mari, que nous venons d'étudier, se rattache l'examen d'une question très importante en pratique : la séparation de corps ou le divorce sont prononcés, et la femme constate, au moment de la liquidation, qu'une partie des valeurs de la communauté a disparu dans les derniers temps de leur union, mais avant l'instance en séparation ou en divorce ; peut-elle demander que le mari indique ce que sont devenues ces valeurs, et, faute par lui de fournir ces indications, le faire déclarer comptable vis-à-vis d'elle des valeurs disparues ?

Non, dit M. Laurent :

« Il est très difficile d'admettre, dit-il, que le mari soit « comptable, alors que la théorie traditionnelle, consacrée « par le Code, lui donne le droit de perdre les biens de la « communauté. Il est vrai que ce pouvoir absolu souffre « des restrictions : le mari doit récompense quand il a tiré « un profit personnel des biens de la communauté (article « 1437). Est-ce à dire que le mari doive compte, pour « prouver qu'il ne s'est pas avantagé au préjudice de sa « femme ? La loi ne dit pas cela : c'est à la femme qui pré- « tend que le mari doit récompense à prouver qu'il a tiré « profit de la communauté. Le mari ne doit donc pas « justifier ses dépenses, il est défendeur, et, comme tel, il « n'a rien à prouver. »[3]

[1] Bruxelles, 11 août 1808, Sirey, C. N., II, II, 427 ; Rennes, 3 juillet 1841, Sirey, 41, II, 548. — Duranton, II, n° 613 ; Demolombe, IV, n° 464.

[2] Lyon, 1er avril 1854, Sirey, 54, II, 587, et Dalloz, 56, II, 241 ; Cassation, 26 juin 1866, Sirey, 66, I, 334. — Demolombe, IV, nos 460 et 462 ; Aubry et Rau, V, § 493, p. 196, et § 494, p. 204.

[3] XXII, n° 6.

L'opinion contraire a été adoptée par la Cour de Paris, qui a motivé dans les termes suivants sa décision :

« Attendu que si, aux termes des articles 1421 et 1422, « le mari peut vendre, aliéner, hypothéquer les biens de « la communauté, et même en disposer à titre gratuit et « particulier, ce qui met les actes de son administration à « l'abri de toute critique, il doit cependant, lors de la dis- « solution de la communauté, justifier sinon de l'utilité ou « de la légitimité, au moins de la réalité et de l'importance « des dépenses qu'il a faites. »[1]

Cette solution nous paraît préférable ; sans doute le mari peut disposer à titre onéreux, comme bon lui semble, des biens de la communauté, mais la question est précisément de savoir s'il en a disposé ; il ne s'agit pas d'apporter une restriction aux pouvoirs du mari, mais de savoir s'il en a usé ; et nous ne comprendrions pas comment la loi permettrait au mari de garder le silence, lorsque la femme l'interpelle sur le sort de telle ou telle valeur de communauté.

Par exemple, la femme démontre par des comptes de banque, par des livres de commerce que la communauté possédait, quelques mois avant la demande en séparation, des valeurs, des créances, des marchandises qui ont disparu sans qu'on en retrouve l'équivalent dans la caisse de la communauté ; il serait vraiment trop commode au mari de pouvoir répondre : « Je n'ai rien à vous dire, cherchez « ce que ces valeurs ou ces marchandises ont pu deve- « nir. »

On objecte que le mari est défendeur, et que, comme tel, il n'a rien à prouver : nous répondrons d'abord qu'en matière de liquidation de communauté, il n'y a ni demandeur ni défendeur, il y a deux associés dont les droits sont égaux, lorsqu'il s'agit d'établir la masse à partager. Nous ajoutons que s'il est vrai que la femme est demanderesse,

[1] Paris, 19 mai 1870, Sirey, 70, II, 172, et Dalloz, 71 II, 40.

lorsqu'elle articule que telle valeur dépend de la communauté, sa preuve est faite lorsqu'elle a établi que ces valeurs existaient dans la communauté peu de temps avant la demande en séparation. C'est alors au mari à indiquer comment elles en sont sorties.

Le système que nous adoptons n'entrave en rien les pouvoirs du mari, mais il lui interdit des dissimulations qui faciliteraient singulièrement les fraudes au préjudice de la femme, et étendraient outre mesure les pouvoirs, si considérables déjà, que la loi lui donne sur les biens de la communauté.

741. — Autre chose sont les actes frauduleux du mari, dont nous venons de parler, et dont la femme peut, soit se faire indemniser par le mari ou ses héritiers, soit obtenir la révocation contre les tiers complices, autre chose les actes par lesquels le mari s'est enrichi aux dépens de la communauté, mais ostensiblement et sans aucune idée de fraude. En pareil cas, on appliquera l'article 1437 ou l'article 1469, et le mari devra récompense à la communauté de ce dont il s'est enrichi, mais l'acte en lui-même sera valable.

742. — IV. *Le mari ne peut aliéner les biens de la communauté après la demande en séparation de biens.* — Cette exception aux pouvoirs du mari résulte de l'article 1445, *in fine*, aux termes duquel la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande : nous étudierons cet effet de la séparation de biens avec l'article 1445, mais nous devions l'indiquer ici, pour signaler la restriction qu'il apporte aux droits du mari.

Nous aurons aussi à étudier, en examinant ce texte, si on doit l'appliquer à la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps, ou s'il ne faut pas, dans ce dernier cas, distinguer suivant qu'il s'agit des rapports de la femme avec le mari ou ses héritiers, ou de ses rapports avec les tiers.

§ II

Des engagements contractés par le mari pendant la communauté.

743. — Pour déterminer dans quelle limite les engagements du mari obligent la communauté, il faut se rappeler les deux principes suivants, qui dominent toute la matière de la communauté : le premier, c'est que le mari a le droit de disposer à son gré des biens de la communauté, même de les perdre et de les dissiper ; le second, c'est qu'à raison de l'étendue de ces pouvoirs du mari, le patrimoine de la communauté et celui du mari n'en forment qu'un seul, au respect des tiers, pendant la durée de la communauté, de telle sorte que les dettes même personnelles au mari peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté, sauf récompense à la dissolution.

Ces principes conduisent aux conséquences suivantes : toute dette du mari est provisoirement dette de communauté, quelle qu'en soit la source, qu'elle dérive d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit ou même d'un délit ; mais il sera dû récompense par le mari à la communauté pour les dettes qu'il aurait contractées dans son intérêt personnel, ou pour les dettes qui proviennent d'une infraction, crime, délit ou contravention, qu'il aurait commise.

Cette solution découle, pour les dettes en général, des articles 1409, 2°, et 1437, qui déclarent, le premier, que les dettes du mari sont dettes de communauté, sauf récompense, et le second qu'il est dû récompense toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté ; et, pour les dettes provenant d'infractions commises par le mari, l'art. 1424 porte qu'elles peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf récompense.

744. — Ce système diffère de celui qui était adopté dans notre ancien droit.

Pour les dettes provenant d'obligations contractuelles ou quasi-contractuelles du mari, la règle de l'ancien droit était la même que celle du Code, et voici en quels termes Pothier l'expose et la justifie :

« Le mari étant, pendant que le mariage et la commu-
« nauté durent, seul maître de cette communauté, comme
« nous l'avons observé au commencement de ce traité ;
« ayant le droit d'en disposer à son gré, tant pour sa part
« que pour celle de sa femme, sans son consentement,
« même de perdre et de dissiper les biens qui la compo-
« sent ; c'est une conséquence que la communauté est
« tenue de toutes les dettes qu'il contracte pendant que
« durent le mariage et la communauté.

« Ce droit qu'a le mari de charger les biens de la com-
« munauté, tant pour la part qu'il y a que pour celle qu'y
« a sa femme, de toutes les dettes qu'il contracte pendant
« la communauté, est une suite de la qualité qu'il a de
« chef de la communauté, que lui donne le droit de puis-
« sance qu'il a sur sa femme. La femme, lorsque son mari
« contracte, est censée, non en son propre nom, mais en
« sa qualité de commune, contracter et s'obliger avec lui
« pour sa part en la communauté, même sans qu'elle en
« ait rien su, et sans qu'elle puisse s'y opposer.

« Ce principe a lieu à l'égard de toutes les dettes que le
« mari contracte pendant que dure la communauté. Il
« n'importe que la communauté en ait profité ou non ; il
« n'importe même qu'il les ait contractées pour les affaires
« de la communauté ou non... »[1]

Mais on allait plus loin, et on décidait, dans notre ancien droit, que la communauté était tenue, sans récompense, des amendes et des réparations civiles auxquelles pouvaient donner lieu les délits du mari :

[1] *Traité de la communauté*, n° 248.

« Il y a plus, dit Pothier, lorsque le mari a commis un « délit pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la vérité, « que sa femme, qui n'y a eu aucune part, soit censée « l'avoir commis avec lui ; mais elle n'en est pas moins « censée s'être obligée avec lui, en sa qualité de commune, « à la réparation du délit, pour sa part en la communauté : « cette réparation est une dette de la communauté, quoi- « qu'elle n'ait profité aucunement du délit... Elle est pa- « reillement tenue des amendes auxquelles le mari est « condamné durant le mariage, soit en matière de police, « soit en matière criminelle. »[1]

745. — Le système du Code nous paraît préférable à celui de l'ancien droit.

Pour les dettes qui dérivent des contrats ou des fautes non délictueuses commises par le mari, il est juste que la communauté les supporte sans récompense : c'est, dirons-nous avec Pothier, une suite de la qualité de chef de la communauté qui appartient au mari. De même qu'il enrichit la communauté par sa bonne administration et par les spéculations heureuses auxquelles il se livre, par réciprocité, si son administration est mauvaise ou si ses actes sont imprudents, la communauté doit en supporter les conséquences.

Mais, lorsqu'il s'agit de dettes provenant des crimes, des délits ou des contraventions du mari, on ne comprend plus pourquoi la communauté devrait les payer sans récompense : l'origine de ces dettes est absolument étrangère au rôle du mari comme chef de la communauté. Que la communauté paie ces dettes provisoirement et sauf récompense, cela est conforme aux principes du régime en communauté, et à la réunion en un seul, aux yeux des tiers, des deux patrimoines du mari et de la communauté : mais qu'elle les supporte définitivement, alors que leur cause est exclusivement personnelle au mari, nous ne pouvons

[1] *Op. et loc. citat.*

l'admettre, et nous croyons que le Code a bien fait de proscrire un tel système.

146. — Lorsque les dettes du mari procèdent d'un contrat ou d'un quasi-contrat, la communauté doit les payer sans récompense, qu'elles soient mobilières ou immobilières,[1] qu'elles aient été contractées dans l'intérêt de la communauté ou dans l'intérêt d'un tiers : par exemple, comme le suppose Pothier,[2] le mari s'est rendu caution de quelqu'un pour des affaires dans lesquelles il n'a aucun intérêt, et uniquement pour l'obliger ; la communauté sera définitivement chargée de cette dette, par le motif que le mari ne doit récompense que dans le cas où il a tiré un profit personnel de la communauté.[3]

147. — Il faut assimiler aux dettes provenant d'un contrat ou d'un quasi-contrat les dettes provenant d'un quasi-délit, et décider que, même dans ce dernier cas, ces dettes doivent être supportées sans récompense par la communauté : le quasi-délit, c'est-à-dire la faute du mari, constitue une éventualité à laquelle on doit s'attendre, une charge que la communauté doit acquitter, puisqu'elle profite de tous les résultats heureux de l'activité du mari.[4]

Nous croyons même qu'il faut repousser la distinction proposée par MM. Rodière et Pont, d'après lesquels la communauté aurait droit à récompense, si le quasi-délit du mari était absolument étranger à l'administration de la communauté. La règle est que les dettes du mari sont dettes de communauté, et à cette règle la loi n'apporte que deux exceptions, l'une au cas où le mari s'est enrichi aux dépens de la communauté, l'autre dans l'hypothèse d'une infraction pénale : nous ne pouvons introduire, à propos des

[1] Rodière et Pont, II, n° 828.

[2] *Traité de la communauté*, n° 248.

[3] Troplong, II, n° 729 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et notes 22 et 25, p. 332-333.

[4] Marcadé, V, article 1424, II ; Rodière et Pont, II, n° 839 ; Laurent, XXII, n° 59.

quasi-délits, une troisième exception. D'ailleurs, il serait très difficile, sinon impossible, d'indiquer quels quasi-délits se rapportent à l'administration de la communauté, quels quasi-délits y sont étrangers : à un certain point de vue, le quasi-délit est toujours une faute personnelle, et sous un autre aspect, qui est le nôtre, le quasi-délit se rattache à l'ensemble des actes du mari, lesquels profitent ou nuisent à la communauté.

748. — Si les dettes ont été contractées par le mari dans son intérêt personnel, comme le paiement d'un immeuble propre, le rachat d'une servitude grevant un de ses propres, les dépenses faites pour des constructions édifiées sur ses biens, l'emprunt contracté pour doter un enfant d'un premier lit, etc..., le mari devra récompense à la communauté, ainsi qu'il résulte des articles 1437 et 1469.[1]

Nous nous bornons à poser en ce moment le principe, et nous examinerons l'étendue d'application qu'il comporte dans la section IV de ce chapitre, *Des récompenses ou indemnités*.

Observons seulement que les emprunts faits par le mari sont présumés faits dans l'intérêt de la communauté, et il incombe à la femme ou à ses héritiers de prouver que le mari en a tiré un profit personnel, s'ils demandent qu'il en fasse récompense : la règle est que les dettes du mari sont dettes de communauté, l'exception que le mari doit récompense pour celles qui lui ont profité, et c'est à la femme ou à ses héritiers, qui soutiennent que la dette a profité au mari, à établir qu'il se trouve dans l'exception.[2]

[1] Rodière et Pont, II, n° 831-832; Aubry et Rau, V, § 509, p. 333.

[2] Cassation, 19 juillet 1864, Sirey, 64, I, 441, et Dalloz, 65, I, 66; Cassation, 19 janvier 1886, Sirey, 87, I, 161, et *note* de Labbé; Dalloz, 87, I, 70, et *France judiciaire*, 85-86, p. 227. — Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 28, p. 334 ; Laurent, XXII, n° 57. — *Compar.* Paris, 19 mai 1870, Sirey, 70, II, 172, et Dalloz, 71, II, 40.

248 bis. La dette sera à la charge de la communauté, l'acte qui la constate n'eût-il pas acquis date certaine avant la dissolution de la communauté, si la femme ou ses héritiers ne font pas la preuve de l'antidate ; le mari est, comme chef de la communauté, le mandataire de la femme, et il est de règle que les actes sous seing privé souscrits par le mandataire font foi de leur date contre le mandant, sauf preuve contraire.[1]

249. Le mari doit récompense à la communauté, ainsi que nous venons de le dire, pour les amendes prononcées contre lui pour une infraction, crime, délit ou contravention : il est vrai que le texte de l'article 1424 ne parle que des amendes encourues pour « crime », mais ce mot est évidemment pris dans un sens générique, et comme synonyme d'infraction.

En effet, dans notre ancien droit, Pothier employait, à propos de l'hypothèse que nous examinons, l'expression « délit »,[2] et voici comment Ferrière définissait le délit : « Délit est une offense faite volontairement ou contre l'in- « térêt public, ou contre celui des particuliers. »[3] — Crime « et délit, dit-il ailleurs, se prennent souvent dans une « même signification ».[4]

Le mot « crime » dans l'article 1424, comme le mot « dé- « lit » dans Pothier, doit donc s'entendre du crime proprement dit, du délit et de la contravention : si les rédacteurs du Code ont employé l'expression « crime », c'est qu'en 1804, la classification tripartite du Code pénal n'existait pas encore.[5]

[1] Cassation, 13 mars 1854, Sirey, 54, I, 529, et Dalloz, 54, I, 100. — Rodière et Pont, II, n° 830. — Compar. *infrà*, Tome II, n° 765.

[2] *Traité de la communauté*, n° 248.

[3] DICTIONNAIRE DE DROIT ET DE PRATIQUE, V° *Délit*.

[4] *Op. cit.*, V° *Crime*.

[5] Paris, 30 septembre 1872, sous Cassation, 9 décembre 1874, Sirey, 75, I, 113, et Dalloz, 75, I, 118. — Troplong, II, n° 917 ; Rodière et Pont, II, n° 837 ; Aubry et Rau, V, § 509, p. 333 ; Colmet de Santerre, VI, n° 68 *bis* I ; Laurent XXII, n° 54.

750. — Sous l'empire du Code, il y avait une hypothèse dans laquelle la communauté n'était pas tenue, même provisoirement, des condamnations prononcées contre le mari : les condamnations prononcées pour crime emportant mort civile ne frappaient, aux termes de l'article 1425, que la part du mari dans la communauté et ses biens personnels.

Cette exception, devenue sans objet par suite de l'abolition de la mort civile par la loi du 31 mai 1854, avait été empruntée à notre ancien droit : elle y avait été introduite grâce aux efforts persévérants de Dumoulin. Commentant l'article 12 de la coutume de Vermandois au bailliage de Laon, lequel article est ainsi conçu : « Le mari confisquant « ne confisque la part des meubles et conquêts immeu- « bles, qui doivent appartenir à sa femme après son tré- « pas », Dumoulin s'exprime dans les termes suivants : « *Æquissima consuetudo, et secundum sententiam quam* « *semper a quadraginta annis contra veterem rigidum sti-* « *lum propugnavi Parisiis in Senatu* ».[1]

Logiquement, cette exception était difficile à expliquer : on en donnait comme motif que la mort civile entraînant le dissolution de la communauté, celle-ci ne pouvait être tenue d'une dette qui ne prenait naissance qu'au moment où elle était dissoute.[2] Ce motif était déjà contestable dans l'ancien droit, et il était évidemment inexact sous l'empire du Code, où la mort civile ne résultait pas de la condamnation, mais seulement de l'exécution de la peine.

Bien plus, on étendait cette doctrine, dans l'ancien droit comme dans le nouveau, aux condamnations prononcées pour réparation civile au profit de la victime ou de ses héritiers, lorsqu'il s'agissait d'un crime emportant mort civile :[3] le motif allégué pour l'amende était absolument

[1] Tome II, p. 705, édition de 1681.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 249.

[3] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 249. — Colmar, 29 décembre 1849, Sirey, 52, II, 193. — Rodière et Pont, II, n° 838 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 23, p. 332.

inapplicable à de telles condamnations. Pothier le reconnaît : « La dette de cette réparation civile, dit-il, a été con-
« tractée durant la communauté : ce n'est pas le jugement
« de condamnation qui a produit cette dette, il n'a fait que
« la liquider. Néanmoins on juge *favorablement* que, lors-
« que la réparation civile est prononcée par un jugement
« capital, la communauté n'en est tenue que jusqu'à con-
« currence de ce qu'elle en aurait profité. »[1]

La vérité est que cette exception ne fut introduite qu'en haine de la confiscation, qui résultait des condamnations entraînant mort civile : cette peine était tellement excessive que les jurisconsultes cherchèrent tous les moyens d'en atténuer les effets, et c'est à bon droit que Dumoulin s'enorgueillit de l'importante restriction qu'il y fit apporter. Plus tard, par un sentiment de faveur pour la femme on étendit cette exception même aux réparations civiles, en jugeant *favorablement*, comme le dit Pothier, et non d'après les principes rigoureux du droit.[2]

751. — L'article 1424, qui décide que les amendes encourues par le mari pour infractions peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, mais qu'il sera dû récompense par le mari, ne parlent que des amendes : que faut-il décider pour les frais et dépens du procès criminel fait au mari, et pour les réparations civiles auxquelles il a pu être condamné ?

Une opinion soutient que le mari devra récompense à la communauté pour ces deux causes. Si l'amende est personnelle au mari, c'est parce que le législateur considère que l'infraction à la loi pénale lui est personnelle, et qu'il serait injuste que la femme en supportât les conséquences : or s'il en est ainsi de l'amende, il doit en être de même des frais de poursuite et des réparations civiles, qui sont aussi

[1] *Op. et loc. cit.*

[2] Duranton, XIV, n° 297 ; Aubry et Rau, V, § 500, texte et note 24, p. 332.

des conséquences de l'infraction. Il ne peut y avoir deux règles contraires pour deux conséquences d'un même fait.

On objecte à cette théorie que l'article 1424 ne parle que de l'amende, point des dépens ou des réparations civiles: elle répond que l'article 1424 n'est pas une exception au droit commun, mais l'application d'un principe nouveau et plus exact que celui de l'ancien droit, à savoir que les conséquences pécuniaires d'un crime ou d'un délit doivent être personnelles à leur auteur. Il faut donc interpréter ce texte d'une façon extensive, et non d'une façon limitative.

On ajoute que l'article 1425 emploie, pour les crimes emportant mort civile, une expression générique, l'expression « condamnation », qui comprend aussi bien les réparations civiles que les amendes : comme il n'y a aucun motif de distinguer, à ce point de vue, entre l'infraction qui entraîne et celle qui n'entraîne pas mort civile, on doit supposer que le législateur a employé le mot « amendes » dans l'un des textes, et le mot « condamnation » dans l'autre, pour ne pas se répéter, mais non pour établir une distinction entre les deux cas.

Il y aura donc lieu à récompense, conclut cette théorie, toutes les fois que la communauté aura payé soit les dépens du procès criminel, correctionnel ou de simple police, soit les dommages-intérêts auxquels le mari a été condamné.[1]

752. — Nous croyons, au contraire, que le mari ne devra récompense à la communauté ni pour les dépens de la poursuite pénale, ni pour les réparations civiles payées par la communauté.

Le point décisif du débat est, à notre avis, dans le caractère de la disposition de l'article 1424. Si ce texte n'est que

[1] Bordeaux, 10 mai 1871, Sirey, 71, II, 136, et Dalloz, 71, II, 219. — Duranton, XIV, n° 198 ; Rodière et Pont, II, n° 838 ; Marcadé, V, article 1424, I ; Laurent XXII, n° 59.

l'application d'un principe de droit commun, l'opinion que nous combattons a raison, il faut l'interpréter d'une manière extensive : mais si, comme nous le croyons, cette disposition de l'article 1424 est exceptionnelle, si elle déroge au droit commun, on doit l'interpréter d'une manière restrictive.

Or le droit commun est écrit dans l'article 1409, 2° : les dettes du mari sont en principe dettes de communauté, et le droit à récompense au profit de la communauté constitue une exception. Cette idée est tellement exacte que, dans notre ancien droit, comme nous l'avons dit,[1] on n'accordait aucune récompense à la communauté même pour les amendes : le Code décide que le paiement de l'amende donnera lieu à récompense, mais, comme le texte ne parle que de l'amende, nous devons l'interpréter limitativement, et rester dans le droit commun pour les dépens et les réparations civiles.

D'ailleurs, il n'est pas exact de dire qu'il n'y ait aucun motif de distinguer entre l'amende d'un côté, les dépens et les réparations civiles de l'autre : l'amende est une peine, et on conçoit très bien que le législateur nouveau ait voulu que la peine fût personnelle ; au contraire, les dépens et les réparations civiles ne sont que les conséquences pécuniaires d'une faute du mari, conséquences qui n'ont aucun caractère pénal.

C'est ainsi que la communauté est tenue, d'après la doctrine généralement admise,[2] de payer sans récompense les condamnations qui peuvent intervenir à propos des quasi-délits commis par le mari ; or, nous ne voyons pas de motif de distinguer, suivant que la réparation pécuniaire obtenue a pour cause un délit ou un quasi-délit. C'est toujours la réparation d'une faute du mari, et c'est

[1] *Suprà*, Tome II, n° 744.
[2] *Suprà*, Tome II, n° 747.

toujours la communauté qui doit en supporter les conséquences.[1]

753. — Des explications que nous venons de présenter sur le caractère exceptionnel de l'article 1424 et sur l'interprétation restrictive qu'on doit lui donner, il résulte que le mari ne devra pas récompense pour les amendes disciplinaires qu'il aurait encourues dans l'exercice des fonctions dont il est revêtu. Ce ne sont pas des amendes prononcées pour « crime », et cela suffit pour que le mari ne soit pas tenu à récompense.[2]

§ III

De l'exercice des actions dirigées au nom de la communauté ou contre elle.

754. — Le mari étant le chef de la communauté et l'administrateur des biens communs, c'est lui seul qui peut représenter la communauté en justice, qu'il s'agisse d'intenter une action relative aux biens communs ou d'y défendre.

Telle était aussi la solution de notre ancien droit. La coutume de Paris, dans l'article 233, s'exprimait ainsi :

« Le mari est seigneur des actions mobilières et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme ; et « peut le mari agir et déduire lesdits droits et actions en « jugement sans sa dite femme. »

[1] Douai, 30 janvier 1840, Sirey, 40, II, 322 ; Cassation, 9 décembre 1874, Sirey, 75, I, 113, et Dalloz, 75, I, 118 ; Pau, 23 mai 1877, Sirey, 77, II, 333, et Dalloz, 78, II, 190 ; Paris, 26 mars 1885, Sirey, 86, II, 53. — Glandaz, Encyclopéd. du droit, V° *Communauté*, n° 162 ; Troplong, II, n°s 917-918 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 27, p. 333 ; Colmet de Santerre, VI, n° 68 *bis* IV.

[2] Rodière et Pont, II, n° 838 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 26, p. 333.

« La communauté, disait Pothier, étant composée de « tous les biens mobiliers de chacun des conjoints, et le « mari étant, en sa qualité de chef de la communauté, seul « seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure, « la coutume a très bien tiré la conséquence qu'il est sei- « gneur pour le total des actions mobilières de sa femme, « et qu'il peut seul les déduire en jugement. »[1]

L'article 1428 est conçu dans des termes identiques à l'article 233 de la coutume de Paris : « Il (le mari) peut « exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires « qui appartiennent à la femme. »

755. — L'article 1428 s'applique, comme nous le dirons dans la section II de ce chapitre, *De l'administration des biens propres de la femme*, non seulement aux actions mobilières relatives au mobilier de la femme entré en communauté, mais encore au mobilier qu'elle s'est réservé ou qui lui a été donné comme propre : ce n'est plus alors comme chef de la communauté, mais comme administrateur des propres de la femme que le mari agit.

Nous aurons même à nous demander si, à ce titre d'administrateur des propres de la femme ou d'usufruitier des biens qui appartiennent à celle-ci, le mari n'a pas l'exercice des actions pétitoires relatives aux immeubles propres de la femme ; ce qui est, comme nous le verrons, une question controversée.[2]

756. — Lorsqu'il s'agit des biens de la communauté, le mari, qui a l'exercice des actions qui les concernent, a par là même le droit de transiger, même pour la part éventuelle de la femme dans la communauté : la femme devra respecter la transaction par lui faite au même titre qu'elle devrait respecter l'aliénation qu'il aurait consentie des biens de la communauté.[3]

[1] *Traité de la communauté*, n° 473.
[2] *Infrà*, Tome II, n° 819.
[3] Rodière et Pont, II, n° 874.

757. — Le mari représente la femme relativement aux droits mobiliers de celle-ci entrés en communauté, soit qu'il agisse comme demandeur, soit qu'il agisse comme défendeur : mais, si un créancier de la femme veut obtenir une condamnation contre elle, il agira prudemment en assignant le mari et la femme. En effet, s'il agit contre le mari seul, le jugement qu'il obtiendra n'emportera hypothèque que sur les biens du mari et sur ceux de la communauté ; tandis que, s'il a assigné le mari et la femme, l'hypothèque résultant du jugement de condamnation frappera à la fois les biens du mari et de la communauté, et ceux de la femme.[1]

757 *bis.* — La femme peut-elle être interrogée sur faits et articles dans les instances relatives soit à ses biens propres, dont le mari a l'administration et la jouissance, soit aux biens de la communauté ?

La question est controversée dans le droit nouveau comme elle l'était dans l'ancien.

Pour soutenir que la femme ne peut pas être interrogée, on dit qu'elle n'est capable ni de demander, ni de défendre, ni de subir aucune condamnation, puisque c'est le mari qui la représente. Son interrogatoire n'a donc qu'un but, obtenir sa déclaration dans une instance où elle n'a pas capacité pour passer des aveux. On ajoute qu'à un autre point de vue, et en la forme, il est impossible de provoquer son interrogatoire, car elle n'est pas « *partie* » au procès dirigé contre son mari, et l'interrogatoire n'est permis, aux termes de l'article 324 du Code de procédure, qu'aux « *parties* » l'une vis-à-vis de l'autre.[2]

Nous croyons, au contraire, que l'interrogatoire de la

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 473; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 31, p. 335.

[2] Bruxelles, 10 juillet 1810, Sirey, C. N., III, II, 305 ; Orléans, 10 juillet 1812, Sirey C. N., IV, II, 154, Caen, 10 avril 1823, Sirey, C. N., VII, II, 192; Metz, 16 juin 1827, Sirey, C. N., VIII, II, 379. — Compar. Paris, 21 juillet 1860, Sirey, 60, I, 537.

femme peut toujours être ordonné. C'était l'opinion qui avait prévalu dans notre ancien droit :

« Si le mari agit ou est poursuivi à cause de sa femme, « disait Imbert, la partie adverse a le droit de requérir que « la femme soit ouye sur tous les faits qui seront de la « science et cognoissance d'icelle. »[1]

Pothier s'exprimait, de son côté, dans les termes suivants : « Dans les causes où le mari est partie avec sa « femme, ou même sans sa femme, comme seigneur des « actions mobilières de sa femme, on peut faire interroger « l'un et l'autre. »[2]

Rebuffe démontrait que cette solution était juridique, par le motif que la femme devait être réputée partie en cause, puisque son mari la représentait : « *Pars censetur,* « *quamvis non prosequatur processum in rebus communibus,* « *sed illius maritus.* » Il ajoutait que cela était très désirable, car on obtiendrait plus facilement de la femme que du mari l'aveu de la vérité : « *Quia poterit uxor citius ve-* « *ritatem dicere quàm ejus maritus, qui forte est procurator* « *vel advocatus antiquus, qui non solent laqueis capi, sicut* « *nec annosa vulpes.* »[3]

Cette solution de notre ancien droit doit encore être admise aujourd'hui : d'abord, s'il s'agit d'actions relatives aux propres de la femme, elle est aussi bien intéressée que le mari à l'issue du procès ; c'est en réalité le droit de la femme qui est déduit en justice. S'il s'agit de biens de communauté, elle est, dans la théorie que nous avons adoptée, copropriétaire actuelle des biens communs :[4] elle est donc, même dans cette hypothèse, intéressée au débat.[5]

[1] *Practique,* Liv. I, Chap. 38, n° 4.

[2] *Traité de la procédure civile,* n° 202.

[3] *Tractat. de respons.,* art. 4, n° 4, cité par Boncenne, IV, p. 527.

[4] *Suprà,* Tome I, n° 345.

[5] Bruxelles, 4 février 1813, Sirey, C. N., IV, II, 252. — Carré et Chauveau, *Lois de la procédure,* Quest. 1224; Boncenne, *Théorie de la procédure,* IV, p. 526; Bioche, DICTIONN. DE PROCÉDURE, V° *Interrog. sur faits et articles,* n° 34.

Toutefois, en la forme, nous croyons qu'avant de faire ordonner l'interrogatoire de la femme, la partie adverse devra faire ordonner par le tribunal, devant lequel l'instance est pendante, sa mise en cause : en effet, l'interrogatoire est un incident de procédure qui doit rester étranger aux personnes qui ne figurent pas sur l'instance. Il est bien vrai que le droit de la femme est représenté par le mari, mais lorsqu'on veut la faire interroger, lui faire jouer un rôle personnel dans la procédure, il faut d'abord l'y appeler.[1]

758. — De même que le mari représente la femme dans les instances judiciaires relatives à ses effets mobiliers tombés dans la communauté, de même il la représente pour la signification du transport de créances qui devrait être fait par application de l'article 1690 : si cette signification était faite à la femme, débitrice personnelle, et non au mari, elle serait nulle, et le cessionnaire ne pourrait s'en prévaloir au respect des tiers.[2]

[1] Rodière et Pont, II, n° 873.

[2] Bourges, 18 juin 1839, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Faillite*, n° 616. — Rodière et Pont, II, n° 872.

SECTION II

De l'administration des biens propres de la femme.

759. — Aux termes de l'article 1428, 1, le mari a l'administration des biens personnels de la femme.

D'après M. Laurent,[1] l'unique motif de l'attribution au mari de ces pouvoirs d'administration, c'est que la communauté a la jouissance des biens propres de la femme. L'administration doit appartenir à celui qui jouit des biens, car il est le véritable intéressé à ce que ces biens soient convenablement gérés. D'ailleurs, si la loi avait séparé l'administration et la jouissance, elle aurait créé des conflits incessants entre le mari et la femme.

D'après M. Troplong, au contraire,[2] le droit d'administration du mari repose sur la puissance maritale dont il est un des attributs.

Nous croyons que M. Troplong a raison : c'est bien dans la puissance maritale qu'il faut chercher la base du droit d'administration du mari. Dans notre ancien droit, le mari avait la garde et l'administration des biens de sa femme à titre de *bailliste*, en vertu de sa puissance maritale, comme le tuteur avait l'administration des biens de son pupille, et nos anciennes coutumes les désignent sous la même appellation, *bajulus, bailliste*.

[1] XXII, n° 121.
[2] II, n° 974.

« *In consuetudinibus municipalibus, maritus dicitur ba-*
« *julus uxoris*, Mari et Bail. *Chronicon Flandriæ, cap.* 69 :
« Et le roi l'a receu en son hommage, et le duc son baron,
« comme bail d'elle. »[1]

« On a donné chez nous à la puissance maritale ce que
« la loi accorde à la puissance paternelle ; et le gain que
« fait le mari des fruits, qu'il perçoit sur les propres de sa
« femme, est la récompense des soins qu'il doit prendre
« pour la conservation de ces mêmes biens, de même que
« le père, qui avait l'administration des biens maternels,
« en avait aussi les revenus. »[2]

Le rapport de M. Duveyrier établit très clairement, selon nous, que l'article 1428 est inspiré par la même idée que les dispositions de notre ancien droit :

« Le chapitre VI de la loi sur le mariage, au livre pre-
« mier du Code civil, a établi l'incapacité relative de la
« femme mariée dans toutes les conventions ordinaires.....
« Cette règle indique elle-même toutes ses conséquences
« dans le projet de la communauté : la première est que
« la femme ne peut obliger ses propres biens sans le
« concours de son mari... La seconde est que le mari,
« qui administre seul les biens de la communauté, a aussi
« l'administration de tous les biens personnels de la
« femme... »[3]

Sans doute, cette concentration dans la main du mari des pouvoirs d'usufruitier et d'administrateur des propres de la femme produira les avantages signalés par M. Laurent : mais ce ne sont pas ces avantages que les rédacteurs du Code ont eu en vue ; ils se sont proposé, comme nos anciens jurisconsultes, de fortifier l'autorité maritale.

759. I. — Il n'est pas sans intérêt de rechercher, ainsi que nous venons de le faire, les motifs de l'attribution au

[1] Ducange, GLOSSARIUM, V° *Bajulus*.
[2] Lebrun, *Traité de la communauté*, Liv. II, Chap. II, n° 2.
[3] Fenet, XIII, p. 722.

mari du droit d'administrer les propres de la femme. Voici en effet la conséquence qui en découle : du moment où l'on admet que ce pouvoir d'administration repose sur la puissance maritale, qu'il a pour but de fortifier, il faut, ainsi que nous l'avons dit, déclarer nulle pour violation de l'article 1388 la clause d'un contrat de mariage qui stipulerait que le mari ne pourra administrer les biens propres de la femme qu'avec l'autorisation de celle-ci.[1]

760. — Le droit pour le mari d'administrer les propres de la femme est de la nature, mais il n'est pas de l'essence du régime en communauté, et la femme peut conserver l'administration de ses biens propres dans les deux cas suivants : en premier lieu, si elle s'est réservé par son contrat de mariage l'administration d'un ou plusieurs de ses immeubles ; en second lieu, si un tiers lui donne ou lui lègue des biens sous la condition qu'elle en aura seule l'administration.

761. — Si la femme s'est réservé le droit d'administrer quelques-uns de ses immeubles et d'en jouir, cette stipulation est valable, disons-nous : c'est en réalité une combinaison du régime de la communauté et de la séparation de biens, combinaison permise par l'article 1387.

La femme peut, par le même motif, se réserver le droit de toucher sur ses simples quittances une partie de ses revenus, pour son usage personnel : l'effet de cette clause est de faire des revenus ainsi réservés une propriété personnelle de la femme, et si le mari les touche malgré l'opposition, ou même sans l'assentiment de la femme, il en sera comptable envers elle à l'époque de la dissolution de la communauté.[2]

762. — En second lieu, un tiers, donateur ou testateur, peut léguer à la femme des immeubles, sous la condition

[1] *Suprà*, Tome I, n° 120, I.

[2] Cassation, 16 avril 67, Sirey, 67, I, 252, et Dalloz, 67, I, 221. — Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 4, p. 343.

qu'elle en touchera seule les revenus, sur ses simples quittances et sans l'autorisation de son mari : nous avons établi que cette clause était légale, et qu'elle n'avait rien de contraire ni au respect dû à l'autorité maritale, ni aux règles essentielles du régime matrimonial adopté par les époux.[1]

Remarquons toutefois que cette clause n'est valable que si elle ne porte pas sur une part de succession, à laquelle l'époux aurait droit comme héritier réservataire : en effet, s'il s'agissait de la réserve de l'époux, comme il est de principe qu'elle doit parvenir aux mains de l'héritier réservataire libre de toute charge et par la seule force de la loi, la clause qui en enlèverait l'administration et la jouissance au mari devrait être annulée comme contraire à la loi.[2]

763. — La femme aura encore le droit de toucher elle-même, et sans l'autorisation de son mari, les produits du commerce séparé qu'elle exerce ; mais ce n'est pas là, à proprement parler, une exception à la règle que l'administration et la jouissance des biens de la communauté appartiennent au mari. C'est en effet en vertu de l'autorisation du mari que la femme touche ces produits : en l'autorisant à faire le commerce, le mari l'a autorisée par là même à toucher les sommes qui en proviendront, et sans lesquelles elle ne pourrait pas faire face aux engagements qu'elle contracte pour ce commerce.[3]

764. — Nous croyons qu'il faut, par le même motif, décider que la femme, qui a été autorisée par son mari à exercer la profession d'actrice, pourra toucher elle-même ses appointements et en disposer dans la mesure nécessaire pour l'exercice de sa profession.[4]

[1] *Suprà*, Tome I, n° 402, et les autorités qui y sont citées.
[2] Paris, 27 août 1835, Sirey, 36, II, 518.
[3] Troplong, II, n° 959; Rodière et Pont, II, 901.
[4] Paris, 27 novembre 1819, Dalloz, Répert, alphab., V° *Contrat de mariage*, n° 1288, 2°. — Troplong et Rodière et Pont, *Op. et loc. citat.*

« La chose nous paraît douteuse, objecte M. Laurent : « les appointements de la femme sont un produit de son « travail, qui entre en communauté et devient la propriété « du mari. Comment la femme aurait-elle le droit d'admi- « nistrer ce qui ne lui appartient pas ? » [1]

Voici notre réponse : sans doute le produit du travail de la femme entre en communauté, en droit commun ; mais en autorisant la femme à exercer la profession d'actrice, le mari l'a autorisée par là même à faire les dépenses que nécessite cette profession. Il n'y a de biens que dettes déduites, et les appointements que touche la femme ne constituent un bien de communauté que déduction faite des frais de toilette et autres, sans lesquels la femme ne pourrait paraître sur la scène.

765. — Les actes que le mari fait à propos de l'administration du patrimoine de la femme, sont-ils opposables à celle-ci, bien qu'ils n'aient pas acquis date certaine avant la dissolution de la communauté ?

On doit répondre affirmativement : le mari reçoit de la loi la qualité de mandataire de la femme à l'effet de gérer et administrer le patrimoine de celle-ci, et le mandant, conventionnel ou légal, ne peut être un tiers par rapport aux actes passés par son mandataire. La femme a été *partie* aux actes d'administration du mari, puisqu'elle y était représentée par le mari, instituée par la loi son représentant ; elle est donc obligée de respecter la date de ces actes, comme toute partie vis-à-vis d'un acte auquel elle a été présente ou représentée.[2]

Ce système a été expressément adopté en Belgique par la loi interprétative du 28 avril 1850, qui est ainsi conçue :

[1] XXII, n° 124.

[2] Cassation, 13 mars 1854, Sirey, 54, I, 529, et Dalloz, 54, I, 100; Nancy, 25 juillet 1868, Sirey, 69, II, 86. — Demolombe, *Cours de Code civil*, Tome XXIX, n° 518. — Compar. *suprà*, Tome II, n° 747 *bis*, à propos de la date des actes faits par le mari comme chef de la communauté.

« L'acte sous seing privé signé par le mari et relatif à des « revenus de biens personnels à la femme, s'il est reconnu « par celle à laquelle on l'oppose, a entre elle et ceux qui « l'ont souscrit, même après la séparation de corps et de « biens, la même foi que l'acte authentique. »[1]

766. — Nous diviserons de la manière suivante nos explications sur l'étendue des pouvoirs qui appartiennent au mari, comme administrateur des biens propres de sa femme :

§ I. — *Des actes d'administration ;*

§ II. — *Des actes d'aliénation ;*

§ III. — *Des actions relatives aux biens propres de la femme.*

§ I

Des actes d'administration.

767. — Les pouvoirs du mari comme administrateur des propres de la femme peuvent être distribués en trois catégories :

I. — *Pouvoirs relatifs à la gestion proprement dite de la fortune de la femme ;*

II. — *Pouvoirs relatifs aux créances de la femme ;*

III. — *Pouvoirs relatifs à la passation, au renouvellement et à la résiliation des baux.*

768. — I. *Pouvoirs relatifs à la gestion proprement dite de la fortune de la femme.* — Le mari est institué par l'article 1428, 1, administrateur général du patrimoine propre de la femme : il a donc non seulement le droit, mais le devoir de faire tous les actes nécessaires à l'administration de ce patrimoine, et l'article 1428, 4, en déduit avec raison

[1] Laurent, XXII, nos 113-116.

cette conséquence, que le mari est responsable de tout dépérissement des biens de la femme causé par le défaut d'actes conservatoires.

769. — Les pouvoirs qui appartiennent au mari sont ceux de tout administrateur général de la fortune d'autrui : il doit cultiver ou affermer les terres, louer les maisons, faire payer les débiteurs, renouveler les inscriptions hypothécaires, interrompre les prescriptions commencées, faire aux immeubles les réparations utiles, en un mot gérer en bon père de famille et d'une manière complète le patrimoine confié à sa garde.

770. — Lorsqu'une succession échoit à la femme, et que celle-ci refuse de l'accepter, le mari peut-il l'accepter en vertu des pouvoirs qui lui appartiennent comme administrateur des biens propres de la femme? A l'inverse, si la femme veut accepter, et que le mari veuille renoncer, comment ce conflit devra-t-il se dénouer?

Dans la première hypothèse, celle où la femme néglige ou refuse d'accepter la succession qui lui est échue, la question de savoir quels sont les droits du mari est très controversée.

Une opinion considérable, dans l'ancien droit et dans le nouveau, enseigne que le mari peut accepter au refus de la femme la succession échue à celle-ci, soit pour augmenter l'actif de la communauté, si la succession est en tout ou en partie mobilière, soit pour grossir ses revenus, si la succession est immobilière.

C'était l'opinion de Pothier : « Si la femme, disait-il, re-
« fusait d'accepter la succession, le mari, qui aurait intérêt
« qu'elle soit acceptée, parce que le mobilier doit tomber
« en communauté, pourrait, à ses risques, l'accepter sur
« le refus de sa femme, qui ne peut point s'en abstenir en
« fraude des intérêts de la communauté de son mari. »[1]

Pour soutenir cette opinion sous l'empire du Code, on

[1] *Traité des successions*, Chap. III, Sect. III, art. I. § 2.

dit que la femme a cédé par avance à son mari, en adoptant le régime de la communauté, les droits qui pourront lui échoir soit en propriété, s'il s'agit d'effets mobiliers, soit en usufruit, s'il s'agit d'immeubles : dès lors, lorsque le mari accepte au refus de la femme, c'est le droit de celle-ci qu'il met en mouvement, en vertu de la délégation qui lui en a été faite dans le contrat de mariage.

Il est vrai que le mari ne peut, par cette acceptation, engager la femme qui n'a pas voulu accepter la succession ; celle-ci ne sera donc tenue sur son patrimoine ni du paiement des dettes ou des legs, ni de l'obligation du rapport. Le mari seul devra faire face à ces obligations, *de suo* : « Voilà en quel sens, dit M. Demolombe, Pothier a écrit « très justement que le mari, dans ce cas, acceptait la suc- « cession *à ses risques.* »[1]

771. — Une seconde opinion enseigne que si la femme refuse d'accepter, et que le mari veuille le faire, il appartient à la justice de prononcer, et d'autoriser soit la femme à renoncer, soit le mari à accepter. Si la justice autorise la femme à renoncer, tout est fini, et le mari ne pourra pas accepter ; mais si la justice autorise le mari à accepter, il aura le droit de le faire.

Dans ce cas, dit-on, il y a analogie entre la situation du mari et celle des créanciers, telle qu'elle est réglée par l'article 788. Aux termes de cet article, les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place : le mari autorisé par justice fera de même, et se mettra au lieu et place de la femme, qui sera personnellement affranchie de toutes les conséquences d'une acceptation qu'elle n'a pas voulu faire.[2]

[1] *Cours de Code civil*, XIV, n° 326. — *Sic* Chabot, *Des successions*, art. 776, n° 3 ; Duranton, XI, n° 424.

[2] Thiry, *Revue critique*, 1857, p. 248 et suiv.

232. — Une troisième opinion soutient que le mari peut, comme chef de la communauté, provoquer le partage des successions échues à la femme, sans le concours de celle-ci; mais cette acceptation ne lie d'une manière définitive ni la femme, ni le mari. La femme pourra toujours renoncer à la succession, avec l'autorisation de son mari ou de justice, si elle ne s'y est pas personnellement immiscée, et si elle n'a pas perdu, par la prescription trentenaire, la faculté de renoncer. De plus, si elle renonce, le mari n'aura qu'une obligation, celle de restituer les biens héréditaires dont il aurait pris possession.

Cette opinion était adoptée, dans notre ancien droit, par Renusson, même dans l'hypothèse la plus délicate, celle d'une succession purement mobilière échue à la femme :

« Il est raisonnable de dire, écrivait-il, que la succes-
« sion échue à la femme pendant le mariage, quoiqu'elle
« soit mobilière, n'est censée acceptée que par le fait et
« volonté de la femme, autorisée de son mari, ou par jus-
« tice : le mari est considéré comme un étranger à l'égard
« de la succession échue à sa femme, jusqu'à ce que la
« femme l'ait acceptée, ou fait acte d'héritière, autorisée
« de son mari ou par justice, parce que c'est à elle à qui
« elle est déférée par la coutume.....

« Mais si le mari avait accepté lui seul une succession
« mobilière échue à sa femme, il ne sera pas tenu des
« dettes comme héritier, parce que ce n'est pas à lui à qui
« la loi défère cette succession ; elle ne lui appartient pas
« de son chef, mais seulement à cause de sa femme, il est
« comme étranger. Ainsi on ne peut pas le dire héritier
« légitime, ni prétendre le rendre tenu des dettes de cette
« succession en cette qualité ; supposé qu'il ait fait bon et
« loyal inventaire, et qu'il n'y ait faute, fraude, dol ni ré-
« célé de sa part : il n'est tenu de restituer que ce qu'il a
« reçu. »[1]

[1] *Traité de la communauté*, Partie I, Chap. XII, nos 8-9.

Ce système concilie, dit-on, l'article 818, qui autorise le mari à provoquer le partage provisionnel ou définitif des successions échues à la femme, et les principes ordinaires sur la dévolution des successions : c'est la femme qui est héritière, non le mari, et celui-ci ne peut ni profiter des avantages, ni supporter les charges d'une succesion à laquelle l'unique héritière, la femme, déclare renoncer.[1]

773. — Une quatrième opinion prétend que le mari ne peut jamais accepter les successions échues à sa femme. En principe, dit-on, la succession doit être acceptée par l'héritier, et l'article 776, bien loin de déroger à cette règle en ce qui concerne la femme mariée, porte qu'elle ne peut valablement accepter une succession sans l'autorisation de son mari ou de justice ; ce qui implique que c'est à elle d'accepter ou de refuser.

On ajoute que cela est conforme aux principes généraux : la femme mariée était capable avant son mariage, elle ne devient incapable qu'en ce sens qu'elle doit obtenir l'autorisation de son mari ou de justice, pour les actes graves de la vie civile.

Le mari n'a donc aucune qualité pour accepter une succession échue à sa femme : il n'est pas héritier, et, s'il est vrai qu'il est administrateur du patrimoine de la femme, il faut reconnaître que l'acceptation d'une succession n'est pas un acte d'administration. C'est un acte par lequel on s'oblige, et le mari n'a pas qualité pour obliger sa femme.

Quant aux droits du mari sur les biens de la femme, ces droits n'existent que sur les biens déjà entrés dans le patrimoine de la femme : il s'agit de droits auxquels la femme renonce, d'une succession qu'elle répudie, le mari n'y a aucun droit et ne peut rien réclamer de son chef.[2]

[1] Aubry et Rau, V, § 513, texte et note 2, p. 374-375.

[2] Laurent, XXI, n° 436-441. — *Compar.* Riom, 18 avril 1825, Sirey, c. N., VIII, II, 63, et Riom, 19 avril 1828, Sirey, c. N., IX, II, 69.

774. — Nous croyons que l'opinion de Pothier doit l'emporter, et qu'il est plus conforme aux principes du régime en communauté de décider que le mari pourra, au refus de la femme, accepter à ses risques et périls la succession échue à celle-ci.

Sans doute, la femme est seule héritière, et l'acceptation ou la répudiation des successions ne peut, en thèse générale, émaner que de celui qui est héritier : mais nous trouvons dans l'article 788 la preuve que cette règle n'est pas absolue, et nous croyons que l'adoption par la femme du régime de la communauté légale doit apporter une seconde exception à cette règle.

Ce qui résulte de l'article 788, c'est que les créanciers d'un débiteur, qui ne sont pas héritiers, qui n'ont pas encore de droit sur une succession qui n'est pas entrée dans le patrimoine de leur débiteur, pourront néanmoins se faire autoriser à l'accepter au lieu et place de celui-ci, si sa renonciation leur cause préjudice.

Or le mari d'une femme commune en biens est plus qu'un créancier : en adoptant le régime de la communauté, la femme a cédé par avance à la communauté, représentée par le mari, la propriété des biens meubles et la jouissance des biens immeubles qui lui appartiennent, et de ceux qui viendront à lui échoir pendant le mariage. Il est inadmissible que la loi, qui ne permet pas à un débiteur de renoncer au préjudice d'un simple créancier, permette à la femme une renonciation dont le résultat serait d'enlever à la communauté tous les droits de propriété et de jouissance à elle cédés par avance.

Faut-il conclure de là, comme le fait le second système que nous avons exposé, qu'en cas de dissentiment entre le mari et la femme, les tribunaux devront vider le conflit, et, s'ils reconnaissent que la renonciation est préjudiciable à la communauté, autoriser le mari à accepter au lieu et place de la femme ? Nous ne le croyons pas : il ne peut y avoir conflit, en ce sens que c'est à la femme seule qu'il

appartient d'accepter ou de renoncer, en tant qu'il ne s'agit que de son propre intérêt. D'un autre côté, si le mari estime que ses intérêts sont lésés par la renonciation de la femme, il n'a pas besoin pour accepter de la permission de justice. Il est en effet le représentant légal de la femme, ce qui lui permet d'agir en son nom sans permission de justice; de plus, comme la femme lui a cédé par avance certains droits sur ses biens à venir, il a qualité pour exercer ces droits dans la mesure de son intérêt.

La solution que nous adoptons ne nuit à personne; elle ne nuit pas à la femme, qui a voulu renoncer à la succession et qui n'a aucun intérêt avouable à ce que ses cohéritiers en profitent plutôt que son mari; et elle ne nuit pas non plus aux cohéritiers de la femme, puisque le mari sera tenu de rapporter à la succession tout ce que la femme, dont il prend la place, aurait dû y rapporter elle-même.

Le second système, qui donne à la justice le droit d'autoriser souverainement l'acceptation ou le refus de la femme, en paralysant les droits du mari, nous paraît méconnaître les effets de l'adoption du régime en communauté. Il en est ainsi, à plus forte raison, du troisième et du quatrième système, qui accordent à la femme le droit souverain de renoncer à la succession, si ce parti lui plaît.

Aussi pensons-nous que le système de Pothier est le seul qui, aujourd'hui encore, concilie les divers intérêts que met en présence la dévolution d'une succession à la femme mariée en communauté.

795. — Si la femme veut accepter une succession à elle échue, et que le mari veuille l'y faire renoncer, la situation va être beaucoup plus simple. La femme demandera au mari l'autorisation d'accepter, et, si le mari la lui refuse, elle s'adressera à justice pour obtenir cette autorisation, conformément à la règle générale de l'article 219.

La justice peut accorder cette autorisation dans tous les cas, lors même qu'il s'agirait d'une succession purement

mobilière, dont la communauté seule doit profiter. La femme peut avoir, en effet, un intérêt moral à accepter une succession même peu opulente ; d'ailleurs, le mari et la communauté n'en éprouveront aucun préjudice, puisque, comme nous l'avons dit, les créanciers héréditaires n'auront d'action que sur les biens de la succession et sur la nue propriété des biens personnels de la femme, pourvu qu'il y ait eu un inventaire.[1]

776. — Chargé par l'article 1428, 1, de la gestion de la fortune de la femme, le mari est à bon droit déclaré responsable par l'article 1428, 4, des conséquences de sa négligence dans cette gestion : « Il est responsable, dit ce « texte, de tout dépérissement des biens personnels de la « femme, causé par défaut d'actes conservatoires. »

Nous ne rechercherons pas, à ce propos, si le mari est responsable seulement des fautes graves qu'il aurait commises dans cette gestion, ou s'il est responsable aussi des fautes légères : nous croyons, avec M. Demolombe,[2] que l'article 1137 a supprimé l'ancienne division tripartite des fautes, et que désormais toute personne chargée de la garde du patrimoine d'autrui doit y apporter tous les soins d'un bon père de famille. La question de savoir si la responsabilité de ce débiteur est engagée n'est donc plus une question de droit, mais une question de fait, à examiner par les juges dans chaque affaire d'après les circonstances de la cause.

Le mari, administrateur légal du patrimoine de la femme, devra donc répondre de toutes les fautes qu'il a commises dans sa gestion, et qu'un père de famille diligent n'aurait pas commises.

777. — Parmi ces fautes qui engagent la responsabilité du mari, il faut placer au premier rang celles qui ont trait

[1] *Suprà*, Tome II, nos 631 et suiv.; et Demolombe, *Cours de Code civil*, XIV, nos 327-328.

[2] *Cours de Code civil*, XXIV, n° 411.

à la conservation matérielle des immeubles appartenant à la femme ; si ces immeubles sont dégradés, le mari doit faire faire les réparations nécessaires, et cela sans avoir à distinguer si ce sont des réparations d'entretien ou de grosses réparations. En effet, le mari n'est pas seulement investi de la jouissance des biens de la femme, et chargé à ce titre de faire face aux réparations qui incombent à l'usufruitier ; il est en outre administrateur du patrimoine de la femme, et il doit en cette qualité faire faire même les grosses réparations, sauf à obtenir récompense pour les sommes qu'il aurait déboursées de ce chef.

Ce sont ces dégradations matérielles, provenant du défaut d'entretien, que les rédacteurs du Code paraissent avoir eu particulièrement en vue dans l'article 1428, 4, comme l'indique l'expression « dépérissement », qui s'entend plutôt d'un dégât matériel.

777. I. — Si le mari a amélioré les immeubles de la femme, par exemple en y faisant élever des constructions, les entrepreneurs ou ouvriers qui les ont élevées ont-ils une action *directe* contre la femme, dans la mesure de la plus-value conférée à ces immeubles par leurs travaux ?

La question est discutée, et M. Laurent soutient que les ouvriers n'ont pas d'action directe contre la femme : « Pour « qu'il y ait gestion d'affaires, dit-il, il ne suffit pas qu'il y « ait des travaux et des fournitures, il faut que celui qui a « fait les travaux et les fournitures ait entendu obliger le « maître ; or, dans l'espèce, il y avait un contrat entre le « mari et les ouvriers ; c'est avec le mari que les ouvriers « avaient traité, c'est contre lui qu'ils avaient action : ils « n'avaient pas songé à traiter avec la femme, dès lors il « n'y avait pas de quasi-contrat de gestion d'affaires. »[1]

Nous n'admettons pas cette solution. A côté de l'action de gestion d'affaires, nous croyons, avec M. Demolombe,[2]

[1] XXI, n° 474.
[2] XXXI, n° 48.

qu'il existe dans notre droit, à côté de l'action de gestion d'affaires, une action *de in rem verso*, qui est accordée toutes les fois qu'une personne a, au moyen de son travail ou de ses deniers, augmenté le patrimoine d'autrui. Cette action est fondée sur le principe essentiel du droit, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. M. Laurent objecte que les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas remplies, que les ouvriers n'ont pas voulu traiter avec la femme : mais précisément l'action *de in rem verso* est, comme le dit très bien M. Demolombe, une action en quelque sorte auxiliaire de l'action de gestion d'affaires, et qui est donnée lorsque toutes les conditions requises pour la gestion d'affaires ne sont pas remplies. Cette action n'était soumise, en droit romain et dans notre ancien droit, qu'à une seule condition, l'enrichissement d'une personne aux dépens d'autrui ; et ces principes doivent encore être appliqués aujourd'hui. La femme s'enrichirait aux dépens des ouvriers, si elle pouvait reprendre ses immeubles sans indemniser les ouvriers, *dans la mesure de la plus value* qu'ils ont procurée à ces immeubles et qui existe encore au moment où la communauté est dissoute.[1]

778. — En outre des dégâts matériels, le mari est responsable de toute diminution du patrimoine de la femme occasionnée par sa faute ou par sa négligence.

C'est ainsi qu'il devra répondre du défaut de déclaration en temps voulu des successions échues à la femme, ou de l'insuffisance des déclarations qu'il aurait passées au nom de celle-ci : cette absence ou cette insuffisance de déclaration constitue un acte de mauvaise gestion, imputable dès lors au mari.[2]

779. — Le mari, chargé d'administrer la dot de la femme, doit veiller au paiement des capitaux qui la cons-

[1] *Compar.* Cassation, 14 juin 1820, Sirey, C. N., VI, II, 251.

[2] Bordeaux, 8 février 1843, Sirey, 43, II, 267. — Troplong, II, n° 1017; Rodière et Pont, II, n° 914 ; Laurent, XXII, n° 168.

tituent : il serait donc responsable s'il négligeait de faire payer la dot promise à la femme par son contrat de mariage, et que le retard apporté dans les poursuites eût rendu impossible le recouvrement de cette dot, le constituant étant devenu insolvable pendant le mariage.[1]

Par le même motif, le mari serait responsable des mauvais placements qu'il ferait des capitaux appartenant à la femme : son devoir d'administrateur lui impose l'obligation de choisir les personnes auxquelles il confie les capitaux qu'il est chargé d'administrer, et de ne choisir que des emprunteurs solvables.[2]

780. — Si le mari laisse s'accomplir une prescription soit acquisitive, soit libératoire au préjudice de la femme, il est responsable vis-à-vis d'elle des conséquences de cette négligence : c'est là un dépérissement des biens de la femme causé par le défaut d'actes conservatoires, comme le dit l'article 1428, 4.

Signalons toutefois une différence importante, à ce point de vue, entre la prescription libératoire et la prescription acquisitive : le mari, maître des actions mobilières de la femme, est responsable s'il n'a pas interrompu la prescription libératoire qui court à son préjudice. Au contraire, s'il s'agit de prescription acquisitive, comme le mari n'a pas l'exercice des actions immobilières de la femme, il ne peut interrompre lui-même la prescription : il doit donc seulement, comme l'usufruitier d'après l'article 604, avertir la femme de la prescription qui court contre elle.[3]

Observons en outre que, lorsqu'il s'agit de la prescription libératoire, un tempérament doit être apporté à notre

[1] Cassation, 19 janvier 1863, Sirey, 63, I, 187, et Dalloz, 63, I, 86. — Rodière et Pont, II, n° 914; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 7, p. 343; Laurent, XXII, n° 126.

[2] Cassation, 8 février 1853, Sirey, 53, I, 425, et Dalloz, 53, I, 34. — Rodière et Pont, II, n° 915; Aubry et Rau, V, § 510, p. 343; Colmet de Santerre, V, n°s 71 *bis* VII et VIII.

[3] Laurent, XXII, n° 130.

règle : s'il ne restait plus qu'un délai très court, au moment du mariage, pour que la prescription qui courait contre la femme fût accomplie, le mari ne devrait pas être déclaré responsable. Cette responsabilité repose sur une faute commise par le mari, et il n'y a pas faute s'il n'a pas eu le temps d'examiner dans quelles conditions le patrimoine de la femme lui était confié ; comme si, par exemple, lors du mariage, il n'y avait plus que quelques jours à courir pour que l'une des créances de la femme fût éteinte par la prescription libératoire.[1]

781. — Observons que, dans les diverses hypothèses que nous venons d'examiner, la responsabilité qui pèse sur le mari va, dans une certaine mesure, être supportée par la femme elle-même : en effet, la dette du mari de ce chef va tomber en communauté, et, si la femme accepte la communauté, elle devra en payer la moitié, de telle sorte qu'en définitive elle n'obtiendra la réparation que de la moitié du préjudice à elle causé.

Ce résultat, bizarre en apparence, est la conséquence de l'organisation de la communauté, et du principe que les dettes du mari sont dettes de communauté.[2]

782. — Le mari, auquel l'article 1428 confie l'administration du patrimoine de la femme, peut donner mandat à la femme de faire, en son lieu et place, certains actes d'administration de son propre patrimoine, à elle. Nous étudierons l'effet de ces actes, accomplis par la femme comme mandataire du mari, dans la section III de ce chapitre, *Des engagements contractés par la femme pendant la communauté.*

783. — II. *Pouvoirs du mari relatifs aux créances de la femme.* — Le mari a le droit, comme administrateur des biens de la femme, de toucher les créances propres qui

[1] L. 16, ff., *De fundo dotali* (XXXIII, V). — Troplong, *De la prescription*, II, n° 761 ; Rodière et Pont, II, n° 915.

[2] Colmet de Santerre, V, n° 71 *bis* XXIII ; Laurent, XXII, n° 126.

appartiennent à celle-ci, et d'en donner valablement quittance.

Le mari a ce droit non seulement pour les créances propres ordinaires, mais aussi pour les créances qui proviendraient à la femme de la vente ou de la licitation d'immeubles à elle appartenant :

« Attendu, dit sur ce point un arrêt de la cour de l'île « Bourbon, que le droit, donné au mari par l'article 1428 « du Code civil, d'administrer les biens personnels de sa « femme, permet (au mari) de recevoir les sommes qui « pourraient être dues à sa femme, et par conséquent d'en « donner décharge ;

« Qu'il n'y a, en effet, aucune distinction à faire, puisque « la loi n'en établit nulle part, entre un capital mobilier et « un capital immobilier ; que la qualité d'une créance doit « se déterminer par la nature de sa cause ; que c'est sur « ce principe que se trouvent qualifiées les choses mobi- « lières, au titre *De la distinction des biens.* »[1]

784. — Le droit du mari de toucher les créances de la femme existe, lors même que le contrat de mariage obligerait à faire emploi ou remploi de ces valeurs. Cette clause d'emploi ou de remploi n'est en effet, sous le régime en communauté, qu'une convention entre époux, qui oblige le mari, vis-à-vis de la femme, à faire emploi ou remploi des valeurs qu'il a reçues, et qui ne peut être invoquée contre les tiers.[2] Le mari pourra donc donner valablement quittance des sommes dues à la femme, fussent-elles sujettes à emploi ou à remploi.[3]

[1] 31 août 1840, et Cassation, 25 juillet 1843, Sirey, 51, I, 258. — *Sic* Paris, 19 juin 1838, et Angers, 26 juin 1842, Sirey, 42, II, 424. — Troplong, II, n° 993; Rodière et Pont, II, n° 905; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 9, p. 344; Laurent, XXII, n° 131.

[2] Compar. *suprà*, Tome I, n° 90.

[3] Rouen, 22 février 1839, et Bourges, 7 juin 1842, Dalloz, Répert. alphab., v° *Contrat de mariage*, n° 1461 ; Cassation, 1er mars 1859, Sirey, 59, I, 402. — Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 12, p. 344.

Il n'en serait différemment que s'il résultait clairement des clauses du contrat de mariage que la femme a entendu toucher elle-même ces valeurs, et se réserver un recours contre les tiers, pour le cas où l'emploi ou le remploi n'auraient pas été effectués. Il faudra alors appliquer le contrat de mariage, et déclarer inopposable à la femme la quittance donnée par le mari : mais il n'en sera ainsi que si les tiers n'ont pas pu se méprendre sur la portée de la clause insérée dans le contrat, car, dans le doute, il faut interpréter la clause dont s'agit en faveur des pouvoirs du mari, cette interprétation étant plus en harmonie avec les règles ordinaires du régime de la communauté.[1]

785. — Le droit qui appartient au mari sur les créances de sa femme va-t-il jusqu'à lui permettre de les céder par voie de transport? C'est une question controversée, que nous examinerons au § II de cette section, *Des actes d'aliénation.*[2]

786. — Le mari peut, disons-nous, toucher les créances de la femme : il peut donc, en vertu de ce droit, débattre et arrêter les comptes qui la concernent ; mais il ne peut, en arrêtant ces comptes, constituer la femme débitrice vis-à-vis des tiers. C'est l'application du principe que le mari ne peut obliger la femme en dehors des cas exceptionnels où la loi lui permet de le faire, par exemple lorsqu'il s'agit de donner à bail les immeubles dont elle est propriétaire.[3]

787. — III. *Pouvoirs du mari relatifs à la passation, au renouvellement et à la résiliation des baux.* — Les articles 1429 et 1430, sur la portée desquels nous avons déjà présenté des explications auxquelles nous devons nous ré-

[1] Cassation, 22 novembre 1820, Sirey, C. N., VI, I, 329. — Rodière et Pont, II, n° 699; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 13, p. 344-345. — *Contrà*, Troplong, II, n° 1085.

[2] *Infrà*, Tome II, n°s 799 et suiv.

[3] Cassation, 19 août 1857, Dalloz, 57, I, 339. — Laurent, XXII, n° 132.

férer,[1] indiquent dans quelle limite le mari peut donner à bail les immeubles de la femme et renouveler les baux en cours.

Le mari ne peut faire de baux de plus de neuf ans, ce qui est la limite ordinaire des baux permis à l'administrateur de la fortune d'autrui : et il ne peut les renouveler plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, plus de deux ans, s'il s'agit de maisons.

788. — Si le bail est fait pour plus de neuf ans, il est néanmoins valable au respect du preneur, qui ne peut pas en demander la nullité ; et même il n'est pas nul vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers, mais seulement réductible sur leur demande, à la dissolution de la communauté, au temps qui restera à courir sur la première ou la seconde période de neuf ans commencée par le preneur.

La formule exacte est donc celle-ci : le bail fait pour plus de neuf ans est valable, mais il peut être réduit, sur la demande de la femme ou de ses héritiers, à ce qui restera à courir de la période de neuf ans pendant laquelle la communauté vient à se dissoudre.[2]

Si le bail n'est pas fait pour plus de neuf ans, il est obligatoire pour la femme ou ses héritiers, même en cas de renonciation à la communauté, pour la durée qui reste à courir, comme tout acte du mandataire accompli dans la limite de son mandat est obligatoire pour le mandant.[3]

789. — Le bail fait par le mari, même pour un temps qui n'excède pas neuf ans, ne serait pas obligatoire pour la femme ou ses héritiers, s'il était frauduleux. C'est le principe ordinaire pour tout bail fait par un administrateur ou un propriétaire intérimaire ; il est formellement écrit dans

[1] *Voir* notre *Traité du Louage*, Tome I, nos 44 et suiv.

[2] Rodière et Pont, II, n° 919 ; Aubry et Rau, V, § 510, p. 345-346 ; Laurent, XXVII, n° 136. — *Compar.* Douai, 18 mars 1852, Dalloz, 53, II, 20.

[3] Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.*

l'article 1673 pour le bail fait par l'acquéreur à faculté de rachat, et il est appliqué par une doctrine constante aux baux faits par l'usufruitier.[1]

La fraude consistera, par exemple, dans la dissimulation d'une partie du prix, payée au mari sous forme de pot de vin au moment de la signature du bail. Elle pourra consister aussi dans l'insertion au bail de clauses insolites, dépassant la mesure ordinaire des droits du preneur, et destinées à entraver le droit de jouissance de la femme, lorsqu'elle reprendra l'administration de sa fortune.

Ajoutons que la fraude devra être d'autant plus facilement admise par les tribunaux que la dissolution de la communauté paraissait plus prochaine, au moment où le bail a été fait : comme si le mauvais état des affaires du mari rendait imminente une demande en séparation de biens, ou la discorde qui régnait entre les époux une séparation de corps, ou bien enfin si la maladie dont était atteint l'un ou l'autre des époux rendait probable la dissolution du mariage.

790. — Il ne suffit pas, pour qu'un bail soit annulé, qu'il soit établi qu'il est entaché de vileté de prix. En principe, le mari, administrateur de la fortune de la femme, peut la louer au prix qu'il lui convient de fixer, comme il fait de ses immeubles propres ou des immeubles de la communauté ; et la vileté du prix n'est point une cause de nullité du bail, s'il n'est point établi qu'elle est frauduleuse.[2]

Mais nous croyons qu'indépendamment de toute idée de fraude, on devrait annuler un bail dont le prix consisterait

[1] *Compar.* notre *Traité du Louage*, n°s 63-64, et les autorités qui y sont citées. — *Sic* Troplong, II, n° 1030; Rodière et Pont, II, n° 924 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 15, p. 345 ; Laurent, XXII, n° 145.

[2] Cassation, 11 mars 1824, Sirey, C. N., VII, I, 412. — Proudhon, *De l'usufruit*, III, n° 1219; Troplong, *Du Louage*, II, n° 144, et *Du Contrat de mariage*, II, n° 1030; Rodière et Pont, II, n° 924 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 15, p. 345; Laurent, XXII, n° 145 ; et notre *Traité du Louage*, n° 64.

dans un *alea*, de telle manière que la femme pourrait se trouver constituée en perte de ce chef, lorsqu'elle aurait repris l'administration de sa fortune. La cour de Bordeaux l'a décidé ainsi, dans une hypothèse où le mari avait accepté, comme prix du bail fait par lui à une société commerciale, un intérêt dans les bénéfices égal à trois actions de cette société :[1] nous croyons cette décision bien rendue, et nous pensons qu'il faut la généraliser, et décider que le bail dont le prix est aléatoire n'est pas opposable à la femme ou à ses héritiers. Ce que l'article 1429 autorise le mari à faire, c'est un bail tel que le prévoient les articles 1709 et suivants, c'est-à-dire un contrat commutatif, et non un contrat aléatoire. Ajoutons que si l'on autorisait le mari à louer ou à affermer les biens de la femme moyennant un prix dépendant d'un *alea*, on l'autoriserait indirectement à engager les revenus de la femme, si l'*alea* ne se réalisait pas au profit de celle-ci ; et il est de principe que le mari ne peut obliger la femme.

791. — La durée *maximum* de neuf années n'est imposée qu'aux baux faits par le mari seul : si le bail est consenti par la femme, autorisée de son mari, et par celui-ci, il peut être fait n'importe pour quelle durée. La femme est demeurée propriétaire de son immeuble et capable d'en disposer avec l'autorisation de son mari ; à plus forte raison peut-elle, avec cette autorisation, les donner à bail pour n'importe quelle durée, car cet acte est moins grave que l'aliénation même de l'immeuble.[2]

792. — S'il s'agit de renouveler les baux des immeubles de la femme, le renouvellement ne peut, ainsi que nous l'avons dit, être fait par le mari que deux ans ou trois ans avant l'expiration de l'ancien bail, suivant qu'il s'agit de maisons ou de biens ruraux (art. 1430).

[1] 2 février 1832, Sirey, 32, II, 421.
[2] Duranton, XIV, n° 30; Laurent, XXII, n° 140.

Il importe peu, à ce point de vue, que le bail primitif que le mari a renouvelé fût ou non d'une durée supérieure à neuf années : le renouvellement n'en sera pas moins valable, du moment où il est fait dans la période indiquée par l'article 1430.

L'opinion contraire, soutenue par Proudhon,[1] et d'après laquelle tout renouvellement d'un bail fait pour plus de neuf ans est nul, a été généralement rejetée, et elle devait l'être : la loi n'exige en effet qu'une condition pour que le bail fait en renouvellement soit valable, qu'il ne soit pas fait plus de trois ou de deux ans avant l'expiration du bail en cours, mais elle ne se préoccupe pas et n'avait pas à se préoccuper de la longueur du bail en cours. Il est vrai que l'article 1430 parle de « baux de neuf ans et au-dessous, » mais cette indication n'est donnée qu'à titre d'exemple, et parce que le législateur doit supposer qu'on a respecté sa loi : mais on ne comprendrait pas comment la durée du bail en cours pourrait influer sur la validité d'un renouvellement fait dans la période légale.[2]

Ajoutons que le renouvellement fait par le mari plus de trois ou de deux ans avant l'expiration du bail précédent serait valable, si l'exécution de ce nouveau bail avait commencé avant la dissolution de la communauté. C'est ce que décide l'article 1430, et cette disposition montre, comme celle de l'article 1429 et celle des articles 1715 et 1716, au titre *Du louage*, quel respect le législateur a eu, avec raison, pour les baux dont l'exécution a commencé.

793. — Si le bail a été fait pour plus de neuf ans, ou renouvelé plus de trois ou de deux ans avant l'expiration de l'ancien bail, et que la femme ou ses héritiers se refusent à exécuter le bail nouveau, le mari qui a consenti ce bail irrégulier n'est, en principe, tenu d'aucuns dommages-

[1] *De l'usufruit*, III, n° 1213.

[2] Troplong, II, n° 1029 ; Rodière et Pont, II, n° 922 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 17, p. 346 ; Laurent, XXII, n° 143.

intérêts vis-à-vis du preneur évincé : celui-ci a su en effet, ou il a dû savoir à quels risques il s'exposait, en prenant à bail les immeubles de la femme dans des conditions où le mari ne pouvait pas les lui louer, et, s'il en éprouve un préjudice, il l'éprouve par sa faute.

Il suit de là que si la communauté est dissoute par la mort du mari, et que celui-ci ait institué sa femme comme légataire universelle, celle-ci pourra refuser d'exécuter le bail consenti par son mari, et cela sans être exposée à aucune action ou à aucune exception de garantie de la part du preneur.[1]

794. — Le principe de l'irresponsabilité du mari vis-à-vis du preneur, que nous venons de proclamer, n'existe toutefois que si le mari a fait connaître à celui-ci que les immeubles qu'il lui louait étaient des immeubles de la femme, et qu'il n'agissait que comme mari.

Mais le mari serait responsable s'il s'était présenté, dans le bail, comme propriétaire des immeubles par lui loués, ou même s'il n'avait rien dit quant à la propriété de ces immeubles, en laissant ainsi croire au preneur qu'il agissait comme propriétaire. Nous disons qu'il serait alors responsable du préjudice causé au preneur, car c'était à lui à informer ce dernier de la qualité en laquelle il donnait à bail les immeubles ; du moment où il consentait un bail, le preneur devait croire qu'il avait la capacité nécessaire pour le consentir.

Le mari serait encore responsable s'il s'était porté fort, dans le bail, de la femme ou de ses héritiers : il encourrait alors la responsabilité qui pèse sur toute personne qui promet le fait d'autrui, et qui ne peut rapporter la ratification qu'elle a promise.[2]

795. — Le mari peut louer les immeubles de la femme, dans les conditions que nous venons d'indiquer, et les baux

[1] Bruxelles, 29 juillet 1812, Sirey, C. N., IV, II, 166.

[2] Duranton, XIV, n° 314 ; Rodière et Pont, II, n° 923 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 20, p. 346 ; Laurent, XXII, n° 137.

qu'il a passés sont opposables à la femme et à ses héritiers, à la dissolution de la communauté : mais c'est à la condition qu'à ce moment la femme ou ses héritiers puissent toucher les loyers ou fermages correspondant à la jouissance dans laquelle le preneur va être maintenu.

Le mari ne peut en effet céder les loyers ou fermages à échoir des biens de la femme, ou en donner quittance par anticipation : cette cession ne serait plus un acte d'administration, mais l'aliénation des ressources sur lesquelles la femme a le droit de compter pour vivre. Aussi croyons-nous qu'en principe toute quittance et toute cession anticipées des loyers ou fermages sont nulles et inopposables à la femme ou à ses héritiers, à la dissolution de la communauté ; elles ne pourraient être validées que par exception, et si les juges constatalent, en fait, que la quittance ou la cession de loyers anticipées ont été, de la part du mari, des actes de bonne administration.[1]

796. — L'opinion que nous venons d'exposer a été combattue par M. Rodière ;[2] d'après le savant jurisconsulte, ce pouvoir arbitraire donné aux tribunaux est très dangereux : « Quelle pépinière de procès, dit-il, si le juge a une pareille « latitude ! Et quelles fâcheuses incertitudes pour les fermiers ou locataires qui ont traité avec le mari, et lui ont « fait des avances sur les loyers ! »

D'après lui, il faut chercher la règle à suivre dans l'analogie des dispositions de la loi du 23 mars 1855 : d'après l'article 3 de cette loi, les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus ne peuvent être opposés aux tiers pour une durée de plus de trois années, à moins que les quittances ou cessions n'aient été transcrites.

M. Rodière reconnaît bien qu'il ne peut s'agir de transcription dans les rapports de la femme avec le mari, son

[1] Cassation, 18 août 1868, Sirey, 69, I, 17, et Dalloz, 68, I, 371. — Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 21, p. 346-347.

[2] *Note* dans Sirey, 69, I, 17.

mandataire légal, et qu'en vain le mari ferait transcrire une quittance ou une cession de plus de trois années pour la rendre opposable à la femme. Mais, dit-il, cette disposition de la loi du 23 mars 1855 montre que, dans la pensée du législateur, au-dessous de trois ans, les cessions ou les quittances anticipées de fermages constituent des actes de simple administration : elles doivent donc être permises à ce titre au mari.

« Cette règle, conclut M. Rodière, nous semblerait laisser assez de latitude au mari pour des spéculations, qui, « nous l'avons dit, sont tout à fait en harmonie avec l'espoir du gain que suppose toujours le régime de la communauté, et protéger cependant la femme en toute hypothèse contre de trop grands désastres. Elle procurerait « aussi beaucoup plus de sécurité aux tiers que le pouvoir « discrétionnaire... laissé aux juges de décider, suivant les « circonstances, si cette anticipation a été ou non un acte « de simple administration. »

797. — Nous croyons qu'il faut rejeter la théorie proposée par M. Rodière, par les motifs suivants.

En premier lieu, le reproche qu'il fait à l'opinion que nous défendons d'être arbitraire et dangereuse pour les tiers ne nous paraît pas fondé : les quittances ou les cessions anticipées sont nulles en principe, dès lors les tiers qui sont exposés à payer deux fois ne pourront s'en prendre qu'à eux-mêmes du préjudice qu'ils éprouveront. Ils ont eu le tort de faire avec le mari un acte qu'il n'avait pas capacité pour faire.

Par exception, disons-nous, ces actes pourront être maintenus, s'ils constituent des actes de bonne administration ; pour éviter une crise dans son commerce, pour procurer à la famille des ressources urgentes et nécessaires, le mari a cédé par anticipation les loyers des biens de la femme ; c'est un acte d'administration. Il en sera de même si, en exigeant le paiement anticipé d'une certaine quotité de fermages, le mari n'a fait que se conformer à

l'usage du pays, ou dans tous les cas aux règles de la prévoyance.

Nous repoussons l'analogie que M. Rodière trouve dans l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, car cette disposition ne présente vraiment aucune assimilation avec la question que nous examinons. La loi de 1855 a en vue le crédit public, l'intérêt des tiers qui ont des droits réels sur les immeubles : et notre question est celle de savoir dans quelle mesure le mari, chef du ménage et mandataire de la femme, a pu, vis-à-vis de celle-ci, disposer de ses revenus non échus !

Enfin nous ferons remarquer qu'il semble impossible, en dehors d'un texte, d'autoriser le mari à disposer pendant trois ans des revenus à venir de la femme, dans tous les cas, que cela soit nécessaire ou non ; et nous croyons qu'il est plus conforme à la nature des pouvoirs du mari et à l'intérêt de la femme de prohiber, en principe, cette classe d'actes.

798. — Le mari peut toujours résilier les baux des immeubles de la femme, quelle que soit la durée restant encore à courir du bail : la résiliation est en effet un acte d'administration, et la loi n'ayant pas limité, en ce qui concerne cette classe d'actes, les pouvoirs du mari, il faut décider que son droit est absolu, et qu'il pourra résilier comme bon lui semblera les baux en cours.[1]

[1] Paris, 26 avril 1850, Sirey, 51, II, 796, et Dalloz, 50, II, 80. — Marcadé, V, article 1428, II ; Rodière et Pont, II, n° 925 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 8, p. 343-344.

§ II

Des actes d'aliénation.

799. — En règle générale, le mari ne peut ni aliéner ni engager les immeubles de la femme, ni les meubles qu'elle se serait réservés comme propres. L'article 1428 le déclare formellement pour les immeubles, qui sont, à moins de conventions particulières, les seuls biens propres de la femme sous l'empire de la communauté légale : « Il ne « peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans « son consentement. »

Cette disposition est empruntée à l'article 226 de la Coutume de Paris, qui s'exprimait ainsi : « Le mari ne peut « vendre, échanger, faire partage ou licitation, charger, « obliger ni hypothéquer le propre héritage de sa femme « sans le consentement de sa dite femme, et icelle de par « lui autorisée à cette fin. »

Cette interdiction faite au mari est facile à justifier : la loi ne lui donne que l'administration des biens propres de la femme, laquelle en demeure propriétaire ; or, aliéner, c'est faire acte de propriétaire et non d'administrateur.

800. — Lorsqu'il s'agit des immeubles de la femme, cette interdiction est absolue ; elle s'applique non seulement aux actes d'aliénation proprement dits, mais aussi tout acte dépassant la limite des actes ordinaires d'administration.

C'est ainsi, par exemple, que le mari ne pourrait concéder l'ouverture d'une mine ou d'une carrière sur un immeuble appartenant à la femme : cette concession n'est plus seulement un mode d'exploitation de l'immeuble, elle en entame et en épuise le sol, et elle ne peut être permise qu'à celui qui a capacité d'aliéner.[1]

[1] Amiens, 30 novembre 1837, Sirey, 38, II, 369. — Rodière et

801. — Les actes de disposition ou d'engagement des immeubles de la femme, que le mari ne peut pas faire en vertu de ses pouvoirs d'administrateur, peuvent être faits par lui en vertu du mandat que la femme lui donnerait à cet effet. C'est ce que signifie l'article 1428, dans ces expressions « sans le consentement (de la femme) » : expressions d'ailleurs inexactes, car ce n'est pas un simple consentement que la femme doit donner, c'est un ordre, un mandat qu'elle doit conférer au mari ; le mari ne peut vendre qu'en vertu de la volonté de la femme, de lui autorisée.

La validité de ce mandat donné par la femme au mari est d'ailleurs évidente : la femme autorisée de son mari, pourrait donner mandat à un tiers de vendre ou d'engager les immeubles dont elle est propriétaire ; à plus forte raison peut-elle donner ce mandat au mari, qui sera plus intéressé qu'un tiers à sa bonne exécution.[1]

802. — Ce mandat donné par la femme au mari peut être général, pourvu qu'il soit formel. L'article 223 déclare, il est vrai, que l'autorisation générale donnée par le mari à la femme n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ; mais cette prohibition de toute autorisation générale de la part du mari à la femme repose sur le caractère de l'autorisation maritale, qui est d'ordre public, et que le mari ne peut abdiquer, en donnant à la femme l'autorisation générale de disposer de son patrimoine comme bon lui semble. Au contraire, lorsqu'il s'agit du mandat donné par la femme au mari, ce contrat est régi par l'article 1988, qui n'exige qu'une chose : que le mandat d'aliéner soit exprès.[2]

Quant à la preuve de ce mandat donné au mari, elle devra être fournie suivant les règles de droit commun des articles

Pont, II, n° 908 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 22, p. 346-347.

[1] Grenoble, 28 janvier 1852, Dalloz, 52, II, 14. — Laurent, XXII, n° 127.

[2] Laurent, XXII, n° 127.

1341 et suivants : par témoins ou par présomptions, si l'intérêt est inférieur à 150 francs ; par écrit ou au moyen d'un commencement de preuve par écrit complété par la preuve testimoniale ou par des présomptions graves, précises et concordantes, si l'intérêt est supérieur à 150 francs.[1]

803. — Si le mari a vendu un immeuble de la femme sans mandat de celle-ci, la vente est nulle, et, si la femme renonce à la communauté, il est certain qu'elle peut revendiquer l'immeuble vendu par son mari : mais aura-t-elle encore ce droit de revendication, si elle accepte la communauté ?

La question se présente sous plusieurs aspects, qu'il importe de distinguer.

Si le mari a déclaré à l'acquéreur que l'immeuble qu'il lui vendait était un propre de la femme, ou même si l'acquéreur a connu d'une autre façon l'origine de l'immeuble, la femme pourra certainement revendiquer cet immeuble, sauf à supporter, à raison de la part qu'elle prend dans la communauté, la restitution de la moitié du prix, prix au remboursement duquel l'acquéreur a droit.

Elle peut, disons-nous, revendiquer son immeuble sans être arrêtée par une exception de garantie : le motif en est que l'acquéreur, qui a su qu'il achetait l'immeuble de la femme, n'a pas droit à garantie lorsqu'il est évincé par celle-ci : il doit seulement obtenir la restitution du prix qu'il a payé, et que le mari garderait sans cause, puisque l'immeuble dont il représente la valeur est enlevé à l'acquéreur.

Mais, pour cette restitution du prix, comme elle constitue une dette du mari et par suite une dette de communauté, la femme acceptante en est tenue pour moitié, à moins qu'elle n'excipe du bénéfice d'émolument écrit à son profit dans l'article 1483, et que nous étudierons avec ce texte.[2]

[1] Cassation, 17 décembre 1872, Sirey, 72, I, 421, et Dalloz, 73, I, 154.

[2] Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 24, p. 347-348.

804. — La question de savoir si la femme peut revendiquer l'immeuble vendu par le mari ne naît donc réellement, à notre avis du moins,[1] que si l'acquéreur a cru que l'immeuble qu'il achetait était celui du mari ou de la communauté.

Mais, dans cette hypothèse, la question est très controversée, et a donné naissance à deux opinions principales, l'une qui n'admet la revendication de la femme que pour moitié, l'autre qui l'admet pour la totalité, sauf contribution de la femme dans la restitution du prix et dans les dommages-intérêts à payer à l'acquéreur évincé.

La première opinion soutient, dans l'ancien droit comme dans le nouveau, que la femme acceptante ne peut revendiquer son immeuble que pour moitié, et que, pour l'autre moitié, elle sera repoussée par l'exception de garantie.

Voici dans quels termes Pothier, au titre *De la vente*, expose cette opinion :

« La femme commune, quoique détentrice de conquêts « hypothéqués à ma garantie, ne doit être que pour la « part dont elle est personnellement tenue de la garantie, « déclarée non recevable dans l'action qu'elle a droit de son « chef d'intenter contre moi, pour me faire délaisser la « chose vendue ; et je dois être condamné à la lui laisser « pour le surplus ; sauf qu'elle doit être, de sa part, con- « damnée à me délaisser les biens hypothéqués à ma ga- « rantie, dont elle est détenteur, à l'effet que je puisse « être payé sur le prix de mes dommages et intérêts, si « mieux elle n'aime me payer les dits dommages et inté- « rêts. »[2]

« L'obligation de garantie, dit M. Troplong, est une « charge de la communauté et une dette contractée par « le mari durant le mariage : cela suffit. La femme était « maîtresse de ne point accepter la communauté : en l'ac-

[1] *Contrà*, Marcadé, V, article 1428, III.

[2] *Traité de la vente*, n° 180.

« ceptant, elle a adhéré pour sa part à l'obligation de ga-
« rantie contractée par son mari. Or, on ne peut supposer
« que la femme évincera l'acheteur qu'autant qu'elle n'est
« aucunement tenue de l'obligation de garantie contractée
« par son mari. Car si elle en est tenue, elle ne peut être
« soumise aux dommages et intérêts qu'en vertu du prin-
« cipe de la responsabilité qui la rend passible de l'excep-
« tion, *quem de evictione tenet actio,* etc... La considérer
« comme obligée et lui permettre d'évincer l'acquéreur, ce
« sont deux idées inconciliables. »[1]

Bien plus, dans l'opinion de ceux qui pensent que l'obligation de garantie est *indivisible*, question qui se rattache à l'étude du titre *De la vente*, ce n'est pas seulement pour moitié, c'est pour le tout que la femme, tenue à garantie, ne pourra pas exercer la revendication de son immeuble aliéné.

805. — La seconde opinion, que nous croyons préférable, enseigne au contraire que la femme pourra revendiquer son immeuble pour la totalité, sauf, si la femme accepte la communauté, à payer la moitié des sommes qui pourront être dues à l'acquéreur par le mari, et par suite par la communauté : nous verrons tout à l'heure en quoi consistent ces sommes.

Après avoir embrassé l'opinion contraire, comme nous venons de le dire, dans son *Traité de la vente*, Pothier était revenu, dans son *Traité de la communauté*, à l'opinion que nous adoptons, et il expose ainsi, avec la simplicité et l'honnêteté scientifique qui le caractérisent, les motifs qui l'ont amené à changer d'avis :

« Je crois, dit-il, devoir changer d'avis, et faire pour
« cette obligation de garantie une troisième exception au
« principe qui charge la communauté de toutes les obli-

[1] II, n°s 731-733, et *Traité de la vente*, I, n° 463. — *Sic* Amiens, 18 juin 1814, Sirey, C. N., IV, II, 394. — Toullier, XII, n° 226; Marcadé, V, art. 1428, III; Colmet de Santerre, VI, n° 71 *bis* XIII-XIX; Laurent, XXII, n°s 152-157.

« gations que le mari contracte pendant qu'elle dure.
« Voici sur quoi je me fonde : c'est la loi qui donne au
« mari la puissance qu'il a sur la personne et les biens de
« sa femme et qui lui donne le droit de contracter tant
« pour elle que pour lui, et de la rendre, en sa qualité de
« commune, participante de toutes les obligations qu'il
« contracte, sans avoir besoin pour cela de son consente-
« ment : mais la loi n'accorde au mari ce droit de puis-
« sance sur la personne et les biens de sa femme qu'à la
« charge expresse qu'il ne pourra vendre les héritages
« propres de sa femme, sans le consentement de sa femme.
« Par cette défense, la loi de la puissance maritale excepte
« le contrat de vente des héritages propres de la femme
« de la généralité des contrats qu'elle autorise le mari,
« comme chef de la communauté, à faire tant pour lui que
« pour sa femme en sa qualité de commune, sans avoir
« besoin de son consentement. C'est pourquoi, lorsque le
« mari vend pendant la communauté l'héritage propre de
« sa femme, sans son consentement, il ne peut être censé
« avoir fait ce contrat tant pour lui que pour sa femme en
« qualité de commune, ni par conséquent avoir contracté
« tant pour lui que pour sa femme, comme commune,
« l'obligation de garantie envers l'acheteur, que ce con-
« trat renferme. Donc il contracte seul cette obligation de
« garantie : sa communauté n'en est pas chargée ; elle n'est
« tenue, en cas d'éviction qu'à la restitution du prix qu'elle
« a reçu. La femme peut donc, quoiqu'elle ait accepté la
« communauté, revendiquer son héritage propre que son
« mari a vendu, en offrant seulement à l'acquéreur la res-
« titution du prix pour la part dont elle est tenue comme
« commune ; sauf à lui à se pourvoir contre les héritiers
« du mari pour le surplus, et pour les dommages et inté-
« rêts résultant de l'obligation de garantie. »[1]

[1] *Traité de la communauté*, n° 253. — *Sic* Guy Coquille, COUTUME DE NIVERNAIS, Titre *Des droits de gens mariez*, article IV;

Voici les motifs qui doivent, croyons-nous, faire encore triompher cette solution sous l'empire du Code.

L'article 1428, 3, déclare formellement que le mari ne peut aliéner les immeubles de la femme : or si l'on admet, comme la théorie que nous combattons, que l'obligation de garantie qui incombe au mari vendeur est entrée en communauté et pèse sur la femme, et si, d'un autre côté, on reconnaît l'indivisibilité de l'obligation de garantie, il faudrait dire que le mari a le droit de vendre les immeubles de la femme, puisque celle-ci ne pourrait les revendiquer ; c'est-à-dire que cette théorie conduirait à la suppression de l'article 1428, 3, et donnerait au mari, contrairement à toutes les règles de la communauté, le droit de vendre les immeubles de la femme.

On objecte que l'obligation de garantie, dont le mari est tenu, est à la charge de la communauté, et par suite à la charge de la femme acceptante, comme toutes les obligations du mari : nous répondrons, avec MM. Aubry et Rau, que la femme ne peut pas être garante d'une vente de ses propres que la loi défendait à son mari de faire.

En acceptant la communauté, la femme est bien obligée de contribuer pour sa part au paiement des dettes qui grèvent la communauté du chef du mari : mais elle n'est pas, comme un héritier qui accepte une succession, tenue personnellement de la même manière que son mari l'était. La femme, à la différence de l'héritier, avait des droits pendant le mariage, et l'acceptation qu'elle fait de la communauté ne les fait pas disparaître : propriétaire de ses biens qui ne sont pas entrés en communauté, elle peut, après comme avant la dissolution de la communauté, faire respecter son droit de propriété ; sauf, comme associée, à contribuer pour sa part au paiement des dettes qui grèvent la société.

Cette solution a, selon nous, l'avantage de respecter le

Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre II, Titre III, Distinct. I, nos 38-39.

droit de propriété de la femme et les droits du mari comme chef de la communauté ; le mari peut obliger la communauté, et par suite la femme qui l'accepte ; mais il ne peut, ni directement ni indirectement, contraindre la femme à respecter l'aliénation qu'il a faite de ses propres.[1]

806. — Si l'on admet, comme nous venons de le faire, que la femme peut revendiquer ses immeubles aliénés par le mari, dans quelle mesure sera-t-elle tenue des condamnations qui pourront intervenir au profit de l'acquéreur évincé contre le mari ?

Ecartons d'abord l'hypothèse dans laquelle la femme renonce à la communauté : il est évident qu'elle est alors absolument étrangère à ces condamnations, puisque par sa renonciation elle devient étrangère aux obligations qui grèvent la communauté. Mais, si elle accepte, quelle est la mesure de son obligation ?

D'après une première opinion, la femme ne devrait supporter aucune part ni dans la restitution du prix, ni dans les dommages-intérêts auxquels l'acquéreur peut avoir droit. Si l'on ne permet pas à la femme, dit-on, de reprendre son immeuble sans participer à la restitution du prix et au paiement des dommages-intérêts, on entrave son action en revendication, et on donne au mari le droit de dépouiller, au moins en partie et indirectement, la femme. On ajoute que le mari a commis un excès de pouvoir en vendant l'immeuble de la femme, et que cet acte illégal ne peut lier la femme en aucune façon. Enfin, dit-on, lorsqu'il s'agit des biens propres de la femme, il faut appliquer les principes du mandat et la règle de l'article 1998, d'après laquelle le mandant n'est lié que par les actes passés par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs : le mari, mandataire de la femme, ayant excédé les

[1] Duranton, XIV, n° 321 ; Rodière et Pont, II, n° 912; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 24, p. 347-348. — *Compar.* Pascaud, *Revue critique*, 1886, p. 190 et suiv.

pouvoirs que lui donne l'article 1428, 3, n'a pu obliger en rien celle-ci.[1]

807. — Une seconde opinion distingue entre la restitution du prix et le paiement des dommages-intérêts : la femme devra contribuer pour sa part à la restitution du prix, mais non au paiement des dommages-intérêts. C'était, comme nous venons de le voir, l'opinion de Pothier,[2] et elle est soutenue par quelques auteurs dans le droit nouveau.[3]

La femme n'est pas tenue, dit-on dans ce système, du paiement des dommages-intérêts, car ces dommages-intérêts constituent l'exécution de l'obligation de garantie, et la femme n'est point garante de la vente de son immeuble propre faite par le mari : c'est pour cela qu'elle peut revendiquer cet immeuble sans être arrêtée par l'exception de garantie, c'est pour cela aussi qu'elle ne peut être obligée au paiement des dommages-intérêts auxquels le mari serait condamné.

Au contraire, en tant qu'il s'agit de la restitution du prix, la femme est tenue d'y coopérer : ce prix est entré dans la communauté dont la femme prend sa part, elle ne peut donc le garder sans violer la règle de droit autant que d'équité, d'après laquelle nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

808. — Nous croyons qu'il faut faire un pas de plus, et décider que la femme est tenue, pour sa part, non seulement de la restitution du prix, mais aussi des dommages-intérêts que l'acquéreur de bonne foi peut obtenir.

Notre raisonnement va être très simple : sous le régime de la communauté légale, toute dette du mari est une dette de communauté, et la femme qui accepte la communauté est obligée d'en supporter sa part. Il doit en être ainsi,

[1] De Folleville, I, n° 345 *quater*.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 805.

[3] Merlin, Répert., V° *Communauté*, § III, n° 6 ; Glandaz, Encyclop. du droit, V° *Communauté*, n°s 166 et 240.

que la dette ait pour cause la vente par le mari d'un immeuble de la femme, ou tout autre acte de mauvaise gestion.

On objecte que ce sera entraver indirectement la revendication par la femme de son immeuble propre : nous répondons qu'il n'y a aucune entrave apportée à l'exercice de son droit. Elle pourra revendiqur comme bon lui semblera : seulement, avant de prendre parti sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté, elle devra faire entrer en ligne de compte, dans le passif social, les sommes à payer à l'acquéreur évincé, au même rang que toute autre dette contractée par le mari.

La première opinion, qui permet à la femme acceptante de ne pas même participer à la restitution du prix dont la communauté a profité, et dont la femme s'enrichirait, nous paraît inadmissible en droit comme en équité ; et, quant à la seconde opinion qui distingue entre la restitution du prix et les dommages-intérêts, elle nous paraît tout à fait contraire aux principes sur la composition du passif de la communauté.

Observons, en terminant, que si la femme acceptante a fait un inventaire, elle ne sera tenue de ces diverses dettes que dans la mesure de son émolument, conformément à la règle de l'article 1483.[1]

809. — La femme peut-elle revendiquer son immeuble aliéné, avant la dissolution de la communauté, ou bien est-elle forcée d'attendre la dissolution pour agir.

La question peut naître dans deux hypothèses : ou bien la femme est autorisée par son mari à agir en revendication, ou bien, le mari refusant son autorisation, la femme a obtenu l'autorisation de justice.

D'après M. Laurent, la revendication est impossible, dans les deux hypothèses, avant la dissolution de la communauté. En effet, dit-il, la femme peut revendiquer l'immeu-

[1] Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 24, p. 347-348.

ble si elle renonce à la communauté. Mais elle ne le peut, dans le système par lui admis, si elle accepte : elle ne peut donc pas revendiquer à une époque où elle ne sait pas si elle aura jamais le droit d'agir.[1]

D'autres auteurs arrivent à la même solution par d'autres motifs : le mari, en vendant un immeuble de la femme, a fait un contrat qui doit produire effet pendant la communauté, quant à la jouissance de l'immeuble aliéné. Cette jouissance appartient au mari comme chef de la communauté, il l'a donc valablement aliénée, et l'acquéreur peut, à ce titre, conserver l'immeuble tant que la communauté n'est pas dissoute. On ajoute que la prescription ne courant pas pendant le mariage contre la femme, celle-ci est non recevable à agir contre le tiers acquéreur avant la dissolution de la communauté, et à exercer une action qui, en réfléchissant contre le mari, pourrait troubler la bonne harmonie du ménage.[2]

810. — Nous croyons qu'il faut résoudre la question par une distinction, et permettre à la femme de revendiquer son immeuble, si elle est autorisée de son mari, mais lui refuser ce droit si elle n'a obtenu que l'autorisation de justice.

Si elle est autorisée de son mari, nous disons qu'elle peut revendiquer l'immeuble, sans attendre la dissolution de la communauté. Elle peut y avoir intérêt, ne fût-ce qu'au point de vue de la bonne administration de l'immeuble; et, aucun texte ne venant paralyser son action, elle a le droit de l'intenter quand elle le veut.

L'objection faite par M. Laurent ne peut nous être opposée, puisque, dans notre système, la femme peut revendiquer son immeuble, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce.

[1] XXII, n° 158.

[2] Chambéry, 6 mai 1885, Dalloz, 86, II, 33. — Troplong, II, n° 988. — *Compar.* Bastia, 6 mai 1856, Dalloz, 56, II, 303.

Quant au droit de jouissance que l'acquéreur prétendrait conserver pendant la durée de la communauté, nous répondrons, avec MM. Aubry et Rau, que ce droit n'est que la conséquence d'une vente nulle, et qu'il doit cesser le jour où le propriétaire en fait prononcer la nullité.

On objecte qu'aux termes de l'article 2256 la prescription est suspendue pendant le mariage au profit de la femme : tout ce qui en résulte, à notre avis, c'est que le droit de la femme ne sera pas compromis, si elle n'agit pas ; mais ce texte n'implique nullement interdiction pour la femme d'agir, alors surtout qu'elle peut avoir, comme nous l'avons dit, un intérêt sérieux à reprendre immédiatement son immeuble.[1]

811. — Si la femme n'a obtenu que l'autorisation de justice, nous disons qu'elle ne peut revendiquer son immeuble pendant la durée de la communauté.

C'était l'opinion qui avait triomphé dans notre ancien droit,[2] et nous croyons qu'elle doit encore être admise aujourd'hui. Lorsque c'est le mari qui autorise la femme à agir en revendication, il n'y a pas à craindre que l'action qu'elle intente, d'accord avec son mari, trouble la bonne harmonie du ménage. Au contraire, si le mari s'y refuse et que la justice puisse autoriser, il est à craindre que cette revendication, qui va amener une action récursoire de la part de l'acquéreur contre le mari, n'altère la concorde entre époux.

C'est à cause de cela que l'article 2256, 2°, décide que la prescription est suspendue, toutes les fois que l'action de la femme réfléchirait contre le mari. Le législateur n'a pas voulu, et avec raison, mettre la femme dans l'alternative d'agir en blessant son mari, ou de perdre son droit.

[1] Rennes, 14 juin 1841, Sirey, 41, II, 578. — Aubry et Rau, V, § 150, texte et note 25, p. 348-349.

[2] Guy Coquille, *Quest. et rép.*, n° 105; Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, art. 226. — *Contrà*, Lebrun, *Traité de la communauté*, Liv. II, Chap. II, Sect. IV, n° 27.

Nous reconnaissons toutefois que ce motif n'est pas suffisant, car l'article 2256 ne défend pas à la femme d'agir, et, d'un autre côté, à ne consulter que les termes de ce texte, il s'applique aussi bien à la femme autorisée du mari qu'à la femme autorisée de justice.

Mais ce qui nous paraît décisif, c'est que, si le mari chef de la communauté et administrateur des biens propres de la femme ne veut pas reprendre l'administration du bien qu'il a vendu, la femme ne peut l'y contraindre, ni reprendre elle-même une administration dont elle s'est dessaisie par contrat de mariage. Elle est donc non recevable, tant que dure la communauté, à agir.

Toute différente est la situation de la femme qui agit avec l'autorisation de son mari, car elle met alors en mouvement et le droit de propriété qui lui appartient, et le droit d'administration et de jouissance qui appartient à son mari.[1]

812. — Nous venons d'indiquer dans quels cas la femme peut revendiquer son immeuble aliéné par le mari : mais, dans ces divers cas, la femme a la faculté, et non l'obligation, de faire cette revendication, et elle peut, si elle le préfère, demander récompense de la valeur de l'immeuble aliéné contre la communauté et le mari. Celui-ci ne peut la renvoyer agir contre le tiers détenteur : la femme répondrait qu'elle tient pour bien faite l'aliénation consentie par le mari, et ce dernier ne peut ni alléguer qu'il a outrepassé ses pouvoirs, ni contraindre la femme à mettre en mouvement une action qui n'appartient qu'à elle, et à laquelle est elle libre de renoncer.[2]

Bien plus, la femme qui a essayé d'obtenir de son mari la récompense à laquelle elle a droit à raison de l'aliénation de son immeuble, et qui n'y a pas réussi, peut se re-

[1] Duranton XIV, n° 320; Troplong, II, n° 988; Rodière et Pont, II, n° 913; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 26, p. 349.

[2] Troplong, II, n° 986; Rodière et Pont, II, n° 913; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 27, p. 349; Laurent, XXII, n° 159.

tourner contre le tiers détenteur et revendiquer l'immeuble. Les deux droits qui lui appartiennent, l'action en revendication contre le tiers acquéreur et l'action en indemnité contre le mari, sont indépendants l'un de l'autre, et l'exercice infructueux de l'un ne l'empêche pas d'exercer l'autre.[1]

813. — Nous venons d'étudier les droits du mari quant aux immeubles propres de la femme, et de reconnaître qu'il ne pourrait jamais les aliéner : mais en serait-il de même à l'égard des meubles qu'elle s'est réservé comme propres par contrat de mariage, ou qui lui ont été donnés ou légués sous la condition qu'ils lui resteraient propres ?

La question est très discutée, et, à notre avis, très délicate.

Elle est beaucoup plus importante pour les créances que pour le mobilier corporel, que la femme s'est réservé comme propre : en effet, s'il s'agit de meubles corporels de la femme vendus par le mari, le tiers acquéreur sera protégé contre la revendication de la femme par la règle de l'article 2279, « en fait de meubles possession vaut « titre, » et la question ne présentera d'intérêt que dans le cas où le mobilier vendu ne serait pas encore livré au moment de la réclamation de la femme. Mais, s'il s'agit de créances propres à la femme, comme la règle de l'article 2279 ne s'y applique pas, la question que nous allons examiner est très importante.

Pour soutenir que le mari a le droit d'aliéner le mobilier propre de la femme, on invoque d'abord la tradition historique : il est certain en effet que nos anciens auteurs considéraient le droit d'aliéner le mobilier de la femme comme une conséquence des pouvoirs du mari comme chef de la communauté.[2]

[1] Bourges, 30 novembre 1814, Dalloz, RÉPERT. ALPHAB., V° *Contrat de mariage*, n° 1318. — Laurent, XXII, n° 160.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 325 ; Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre III, Chap. II, Sect. I, distinct. III, n° 18 ;

On ajoute que l'article 1428 résout la question dans le sens de notre ancien droit : ce texte donne au mari l'exercice de toutes les actions mobilières appartenant à la femme, et, en outre, il ne défend au mari que l'aliénation des immeubles ; la conclusion qui s'impose, c'est que le mari peut aliéner les meubles.

Enfin, dit-on, cette solution est commandée par les plus puissants motifs. Le mari, chef de la société conjugale et administrateur des biens propres de la femme, doit avoir le droit de faire tous les actes nécessaires à la prospérité de l'association ; et, parmi ces actes, figure au premier chef l'aliénation de meubles corporels, qui dépérissent par l'usage, ou qui sont inutiles, et de créances dont il peut être urgent de se débarrasser, si on ne veut tout perdre. D'ailleurs, pour les créances, comme le mari peut les toucher, même par anticipation, soit par un paiement proprement dit, soit par un paiement avec subrogation, qu'il peut même en disposer par *datio in solutum*,[1] on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas les céder par voie de transport.[2]

814. — Nous croyons qu'il est plus conforme aux principes de la communauté de refuser au mari le pouvoir de disposer des meubles de la femme.

Nous écartons d'abord l'autorité de l'ancien droit, par les deux motifs suivants. Les auteurs qui, comme Pothier, déclarent nettement que le mari peut disposer des meubles de sa femme, fondent cette opinion sur un motif inacceptable aujourd'hui : c'est que la communauté est propriétaire de ces meubles, et a seulement l'obligation d'en restituer la valeur à l'expiration de sa jouissance :

« Les mobiliers réalisés, ou propres conventionnels,

Bourjon, *Droit commun de la France*, Titre X, Part. IV, Chap. II, Sect. II, nos 8 et 9.

[1] Cassation, 25 juillet 1843, Sirey, 51, I, 258 ; Colmar, 23 décembre 1863, Sirey, 64, II, 111.

[2] Aubry et Rau, V, § 522, texte et note 33, p. 458-459.

« dit-il, se confondent dans la communauté avec les autres « biens mobiliers de la communauté, qui est seulement « chargée d'en restituer la valeur à celui des conjoints qui « les a réalisés. En conséquence, le mari, comme chef de « la communauté, peut aliéner les meubles que la femme « a réalisés. La réalisation de ces meubles et leur exclu- « sion de communauté ne consistent que dans une créance « de reprise de leur valeur, que le conjoint qui les a réa- « lisés a le droit d'exercer après la dissolution de la com- « munauté. »[1]

Cette argumentation est inacceptable : le mobilier réalisé n'entre pas en communauté, la femme en conserve la propriété, comme de ses immeubles propres, et la communauté, qui n'en a que la jouissance, doit les restituer en nature à la dissolution. Il faut en effet apprécier la clause de réalisation d'après l'intention des parties, et, lorsque la femme a déclaré dans son contrat de mariage, ou qu'un tiers donateur ou testateur a disposé que certains immeubles lui resteraient propres, leur intention n'a pas été que la communauté en devint propriétaire, sauf reprise.

Bourjon, au contraire, dans l'opinion que nous combattons invoque le témoignage, peut être revendiqué par nous à l'appui de notre système. Il distingue deux hypothèses : celle où le mobilier réservé comme propre a été estimé dans le contrat, et il décide avec raison que l'estimation vaut vente, et que la communauté n'est débitrice que du prix ; et l'hypothèse, qui est la nôtre, où il n'y a pas eu d'estimation. Voici alors comment il s'exprime :

« Si les effets mobiliers étant stipulés propres n'ont pas « été estimés, ce qui serait singulier, en ce cas le mari, « relativement à des tiers, en dispose valablement, *parce* « *qu'en matière de meubles la possession vaut titre :* mais « en ce cas il doit à sa femme la restitution du prix de ces

[1] *Traité de la communauté*, n° 325.

« choses, la stipulation de propre devant toujours entre « eux produire son effet. »[1]

Nous ne disons pas autre chose : si les meubles aliénés par le mari sont des meubles corporels, les tiers acquéreurs seront protégés contre la revendication de la femme, non parce que la vente est valable, mais parce qu'en fait de meubles possession vaut titre. Cette formule laisse absolument intacte la question que nous examinons, quelle est l'étendue des pouvoirs du mari sur les meubles propres de la femme.

Or, sur ce terrain, voici quels sont, à notre avis, les motifs de décider. En principe, pour pouvoir aliéner une chose, il faut en être propriétaire, et lorsque la loi a voulu donner à l'administrateur de la fortune d'autrui le pouvoir d'aliéner les meubles, elle l'a dit formellement, comme elle le fait dans l'article 452 pour les meubles appartenant au mineur. Ici, le Code n'autorise le mari à vendre le mobilier propre de la femme ni dans le chapitre *De la communauté légale*, ni dans la section II de la deuxième partie, *De la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie.*

Que l'on n'objecte pas que l'article 1428 ne défend au mari d'aliéner que « *les immeubles* » de la femme : ce texte ne dispose que pour la communauté légale, c'est-à-dire pour un régime où, de droit, tout le mobilier des époux entre en communauté. Le législateur n'avait donc pas à s'occuper dans l'article 1428 des droits du mari sur les meubles propres, et l'argument *à contrario* que l'on prétend en tirer, insuffisant en lui-même pour créer un droit de disposition au profit du mari, n'a même pas ici la valeur ordinaire d'un argument de ce genre.

Que l'on n'objecte pas non plus qu'il peut être avantageux de vendre des meubles appartenant à la femme : si

[1] DROIT COMMUN DE LA FRANCE, IV, *De la communauté*, Section II, n° XIII.

cela est avantageux, la femme y consentira, et ne voudra pas s'exposer à des pertes, à une dépréciation qui serait supportée par elle seule. Mais si la femme n'y consent pas, le mari, simple administrateur, ne peut pas l'obliger à se dépouiller de ce dont elle est propriétaire : les inconvénients de ce droit accordé au mari nous paraissent plus à craindre que le refus de la femme, dans une affaire où l'intérêt de celle-ci est en jeu.

On fait une dernière objection : le mari peut recevoir le paiement des créances propres de la femme : il doit donc pouvoir les céder par voie de transport. Nous répondons qu'autre chose est le paiement, que le mari doit recevoir, puisqu'il est l'administrateur des propres de la femme, autre chose la cession des créances : recevoir un paiement, c'est administrer, et céder une créance, c'est aliéner.

Aussi notre conclusion est-elle que le mari ne peut pas aliéner les meubles de la femme, corporels ou incorporels, sauf deux restrictions : la première, pour les meubles corporels qui se consomment par le premier usage, et dont la communauté ne doit que la valeur : et la seconde, pour les meubles corporels qui ne se consomment pas par le premier usage, lorsque l'acquéreur peut arrêter la revendication de la femme au moyen de l'exception de l'article 2279.[1]

[1] Cassation, 2 juillet 1840, Sirey, 40, I, 887 ; Besançon, 20 mars 1850, Sirey, 50, II, 445 ; Paris, 3 janvier 52, Sirey, 52, I, 133 ; Cassation, 5 novembre 1860, Sirey, 61, I, 49, et Dalloz, 61, I, 81 ; Cassation, 4 août 1862, Sirey, 62, I, 945 ; Cassation, 17 décembre 1872, Dalloz, 73, I, 154. — Marcadé, V, article 1428, II ; Rodière et Pont, II, n° 1279 ; Laurent, XXII, n°s 132-164 ; Colmet de Santerre, VI, n° 71 *bis* IX. — *Nec obstant*, Paris, 23 mars 1868, Sirey, 69, II, 294 ; Cassation, 21 juin 1870, Sirey, 71, I, 49, et Dalloz, 71, I, 294.

§ III

Des actions relatives aux biens propres de la femme.

815. — Sous le régime de la communauté, le mari qui a l'administration et la jouissance des biens propres de sa femme, doit avoir l'exercice des actions relatives à ces biens, de celles au moins qui, à raison de leur moindre importance ou de leur urgence, peuvent être données à un administrateur.

L'article 233 de la coutume de Paris s'exprimait ainsi : « Le mari est seigneur des actions mobilières et posses- « soires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme ; et « peut le mari agir seul, et déduire les dits droits et ac- « tions en jugement sans sa dite femme. »

Cette disposition s'appliquait, d'abord, au mobilier de la femme entré en communauté, pour lequel cette solution est évidente, puisque le mobilier n'est plus sa propriété, mais celle de la communauté, dont le mari est le chef; mais elle s'appliquait aussi au mobilier que la femme s'était réservé comme propre.[1]

816. — L'article 1428, 2, reproduit les dispositions de la coutume de Paris : « Il (le mari) peut exercer seul toutes « les actions mobilières et possessoires qui appartiennent « à la femme. »

L'on s'accorde à reconnaître que ce texte s'applique, comme dans notre ancien droit, aussi bien au mobilier que la femme s'est réservé comme propre qu'au mobilier entré de son chef en communauté : c'est même pour le mobilier demeuré propre à la femme que l'article 1428, 2, était nécessaire.[2]

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 473.
[2] Aubry et Rau, V, § 510, p. 334; Laurent, XXII, n° 146.

817. — Le législateur nouveau, comme nos anciens jurisconsultes coutumiers, place sur la même ligne les actions mobilières et les actions possessoires : pour les premières, la loi les donne au mari à raison du peu d'importance qu'elle attache à la fortune mobilière, fait sur lequel nous nous sommes déjà plusieurs fois expliqué ; pour les secondes, elles présentent le caractère d'actes conservatoires et urgents, et l'article 1428, 2, les donne au mari, au même titre que l'article 55 de la loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, autorisait le maire à intenter ces actions ou à y défendre sans autorisation préalable.

818. — Le jugement rendu contre le mari, en matière mobilière ou possessoire, sera opposable à la femme, comme si elle avait figuré dans l'instance, et elle ne serait pas recevable à attaquer ce jugement par tierce opposition : le mari a en effet plaidé au nom de la femme, en vertu du mandat légal que la loi lui donne à cet effet, et la chose jugée avec le mari est jugée avec la femme.[1]

Nous n'admettrions même pas, comme le font MM. Aubry et Rau,[2] que la femme pût, en cas de collusion de son mari et du tiers avec lequel il a plaidé, attaquer le jugement par voie de tierce-opposition. Cette voie n'est en effet ouverte qu'au profit de ceux qui n'ont pas été parties au procès, dans lequel leurs intérêts sont lésés, et la femme y a été partie, en la personne de son mari qui la représentait : aussi croyons-nous qu'elle n'a d'autre moyen de réparer le préjudice que cette collusion lui a causé qu'un recours contre son mari, à la dissolution de la communauté.

819. — Il semble résulter du texte de l'article 1428, 2, que le mari n'a pas, comme administrateur, l'exercice des actions pétitoires immobilières qui appartiennent à la femme.

[1] Cassation, 14 août 1865, Sirey, 65, I, 440. — Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 11, p. 344 ; Laurent, XXII, n° 148.

[2] *Op. et loc. citat.*

Cependant une théorie soutient que, malgré ce texte, le mari peut agir au pétitoire au nom de la femme, en qualité d'administrateur de ses biens.

« Attendu, a dit la Cour de cassation, qu'aux termes « des articles 1401 et 1428, le mari est administrateur des « biens personnels de la femme, responsable du dépé- « rissement qu'ils éprouvent par le défaut d'actes conser- « vatoires, et maître des fruits qui en proviennent pen- « dant le mariage ; qu'il suit nécessairement de ces attri- « butions que le mari a qualité pour exercer, dans son in- « térêt et pour la conservation des droits de sa femme, les « actions immobilières de celle-ci, et que, s'il les exerce « sans son concours, elle peut intervenir dans l'instance « pour le soutien de ses droits ;

« Qu'à la vérité, si la femme n'intervient pas dans l'ins- « tance, le jugement rendu contre le mari n'aura point « force de chose jugée contre elle, s'il lui est défavorable; « mais qu'il dépend du défendeur de l'appeler en cause « pour prévenir cet inconvénient, s'il trouve bon de le « faire. »[1]

Une seconde opinion, absolue en sens inverse, enseigne que le mari ne peut jamais et à aucun titre exercer les actions pétitoires immobilières appartenant à la femme. D'un côté, l'article 1428, 2, paraît bien lui en refuser le droit, et ce texte est d'autant plus grave qu'on le rapproche de l'article 1549, qui accorde expressément au mari de la femme dotale l'exercice des actions pétitoires. En outre, les articles 818, en matière de partage, et 2208, en matière d'expropriation forcée, prouvent que la présence de la femme est indispensable, toutes les fois qu'il s'agit d'une action pétitoire relative à ses immeubles.[2]

[1] Cassation, 14 novembre 1831, Sirey, 32, I, 388. — *Sic* Colmar, 17 avril 1817, Sirey, C. N., V, II, 265 ; Cassation, 15 mai 1832, Sirey, 32, I, 390. — Toullier, XII, n°s 384 et suiv.

[2] Duranton, XIV, n° 316.

Nous croyons qu'il faut adopter un système intermédiaire, et décider que si, en principe, le mari n'a pas l'exercice des actions pétitoires immobilières, il peut les intenter néanmoins dans la mesure du droit de jouissance qui appartient à la communauté sur les immeubles de la femme.

En principe, disons-nous, le mari n'a pas qualité pour exercer les actions pétitoires appartenant à la femme. Il y en a plusieurs motifs ; en général, ce droit n'est pas accordé aux simples administrateurs de la fortune d'autrui ; de plus, le texte de l'article 1428, 2, et son rapprochement avec l'article 1549 prouvent que le législateur n'a pas voulu le lui donner ; enfin, dans notre ancien droit coutumier, où la communauté s'est organisée et auquel l'article 1428, 2, est emprunté, le mari ne pouvait exercer ces actions.

Mais, dans la mesure de la jouissance qui appartient à la communauté sur les propres de la femme, nous disons que le mari pourra agir même au pétitoire, pour défendre le droit de jouissance de la communauté. C'est le droit qui appartient à tout usufruitier, et nous avons fait remarquer l'analogie qui existe entre le droit accordé à la communauté sur les biens propres des époux et un véritable droit d'usufruit. D'ailleurs, si la femme se refuse à faire valoir les droits immobiliers qui lui appartiennent, il ne peut se faire que ce refus paralyse le droit de jouissance accordé à la communauté par le contrat de mariage : ce serait un moyen trop commode pour la femme de porter atteinte aux stipulations de ce contrat.

Cette action, intentée par le mari en son nom personnel, ne profite ni ne nuit à la femme : elle lui est étrangère, et, si le tiers contre lequel le mari plaide veut obtenir une décision qui lie la femme, il devra la mettre en cause ; de même que, si celle-ci veut que la sentence lui profite, elle devra intervenir sur l'instance.[1]

[1] Cassation, 29 avril 1839, Sirey, 39, I, 445 ; Cassation, 16 décembre 1840, Sirey, 41, I, 11 ; Cassation, 24 mars 1841, Sirey, 41,

820. — Voici quelques-unes des conséquences pratiques qui découlent du système par nous adopté.

La partie qui intente un procès relatif à la propriété des immeubles de la femme devra assigner le mari et la femme par deux copies séparées, car il y a en réalité deux défendeurs.[1]

Si le mari a plaidé seul quant à la propriété des immeubles de la femme, et que l'adversaire veuille invoquer le jugement contre la femme, celle-ci pourra y former tierce-opposition.[2]

821. — L'action en partage a été l'objet d'un règlementation spéciale au titre *Des successions*. L'article 818 décide en effet que le mari a l'action en partage pour les biens échus à la femme qui tombent en communauté, mais que, pour ceux qui restent propres à la femme, il ne peut en provoquer le partage sans le concours de celle-ci : il a seulement le droit de demander un partage provisionnel, s'il a la jouissance de ces biens. Quant aux cohéritiers de la femme, ils ne peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la femme.

Nous n'avons pas à étudier les dispositions de ce texte, dont l'explication se rattache à la théorie des successions.[3] Remarquons seulement que les solutions qu'il donne, relativement à la matière spéciale de l'action en partage, sont analogues à celles que nous venons de donner pour les actions immobilières de la femme : et c'est un motif de

I, 511; Cassation, 22 avril 1873, Sirey, 73, I, 276, et Dalloz, 73, I, 428. — Troplong, II, nos 1005 et suiv.; Rodière et Pont, II, n° 907; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 29, p. 334-335; Laurent, XXII, nos 50-53, et 149 ; Colmet de Santerre, VI, nos 71 *bis* IV et V,

[1] Cassation, *arrêt précité* du 24 mars 1841; Cassation, 15 juin 1842; Sirey, 42, I, 727. — Troplong, II, n° 1013 ; Rodière et Pont, II, n° 907.

[2] Paris, 23 mai 1872, Dalloz, 72, II, 169. — Laurent, XXII, n° 149.

[3] *Voir* notamment Demolombe, *Cours de code civil*, XV, nos 568 et suiv.

plus pour croire que les solutions que nous avons adoptées sont juridiques.

822. — Si la femme a été victime d'un délit ou d'un crime, le mari peut exercer l'action en réparation de ce délit devant la juridiction répressive, en sa qualité de maître des actions de la femme. L'article 1428, 2, qui lui accorde le droit d'intenter toutes les actions mobilières de la femme, ne distingue pas et ne devait pas distinguer entre celles qui sont portées devant la juridiction civile, et celles qui sont portées devant la juridiction répressive.[1]

822. I. — Le mari a, sous le régime de la communauté, comme nous venons de le voir, l'exercice des actions mobilières de la femme : mais il n'en résulte pas que la femme ne puisse pas les exercer avec l'autorisation du mari.

Sous le régime dotal, nous verrons qu'il en est différemment, à notre avis du moins, et que la femme, même autorisée du mari, ne peut exercer les actions relatives à ses biens dotaux : mais cette différence est imposée par la différence de rédaction des articles 1428 et 1549.

L'article 1428 se borne à dire que « *le mari peut exercer* « *seul* » toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme : nous en concluons que cette faculté qui lui est donnée n'enlève pas le droit qui appartient à la femme d'exercer les actions relatives à son patrimoine.[2] Au contraire, sous le régime dotal, l'article 1549 porte que « *le mari a seul le droit...* »

[1] Rennes, 22 novembre 1865, Sirey, 66, II, 54; Cassation, 23 mars 1866, Sirey, 66, I, 311, et Dalloz, 66, I, 151.

[2] Orléans, 18 février 1858, Dalloz, 58, II, 114; Poitiers, 16 février 1885, Dalloz, 86, II, 38.

SECTION III

Des engagements contractés par la femme pendant la communauté.

823. — En règle générale, les engagements que la femme avait contractés seule, sans l'autorisation du mari ou de justice, n'obligent pas la communauté, par le motif qu'ils ne sont pas valables en eux-mêmes, ni obligatoires pour la femme sur son patrimoine. C'est ce qui résulte du principe écrit dans les articles 217 et suivants, et ce qu'a très bien expliqué M. Duveyrier dans son rapport au Tribunat :

« Quels sont les droits de la femme ? Elle n'en a point « tant que la communauté existe, ni dans l'administration, « ni dans la disposition des biens qui la composent. Déjà « le chapitre VI de la loi sur le mariage, au livre premier « du Code civil, a établi l'incapacité relative de la femme « mariée dans toutes les conventions ordinaires...

« Cette règle indique elle-même toutes ses conséquences « dans le projet de loi sur la communauté. La première « est que la femme ne peut obliger ses propres biens, « ni engager ceux de la communauté, sans le concours de « son mari. »[1]

Ce principe de l'autorisation maritale, rappelé dans l'article 1426, et qui s'étend à toute femme mariée, sous

[1] Fenet, XIII, p. 721-722.

quelque régime que ce soit, s'appliquera notamment sous le régime de la communauté, et enlèvera tout effet aux engagements de la femme qui a agi seule, que le créancier veuille les exécuter sur le patrimoine de la communauté ou sur celui de la femme.

824. — S'il s'agit d'obligations dérivant non pas de contrats passés par la femme, mais de quasi-contrats, de quasi-délits ou d'infractions de droit criminel, ces obligations seront aussi sans effet vis-à-vis de la communauté, mais par l'application d'un autre principe : c'est que la femme ne peut engager la communauté, dont elle n'a pas l'administration ; ce qui signifie qu'elle ne peut engager ni les biens de la communauté, ni l'usufruit de ses propres biens, usufruit dont elle a fait l'apport à la communauté.

C'est ce que l'article 1424 décide expressément pour les infractions de droit criminel :

« Celles (les amendes encourues par la femme pour « crime n'emportant pas mort civile) ne peuvent s'exécuter « que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant « que dure la communauté. »

Pothier donnait la même solution dans les termes suivants :

« Si une femme, pendant son mariage, a commis quel- « que délit, pour raison duquel elle ait été poursuivie et « condamnée en quelque somme d'argent, soit pour « amende, soit pour réparation, la communauté, qui n'a « pas profité du délit, ne sera aucunement tenue de cette « dette ; et comme tous les revenus des biens de la femme « appartiennent à la communauté pendant tout le temps « qu'elle dure, le créancier ne pourra se faire payer de « cette dette sur les biens de la femme qu'après la disso- « lution de la communauté. »[1]

825. — La règle que les condamnations prononcées pour délit commis par la femme n'engagent que la nue

[1] *Traité de la communauté*, n° 256,

propriété des biens de celle-ci doit être appliquée, même si le mari avait assisté sa femme dans l'instance correctionnelle dirigée contre elle : cette assistance superflue de la part du mari ne change pas la nature de l'obligation de la femme, et ne peut pas la faire peser sur la communauté.[1]

826. — L'article **1424** ne parle que des « amendes » encourues pour crime : mais il est évident que la solution doit être la même pour les réparations civiles auxquelles la femme peut être condamnée au profit de la partie lésée. Dans les deux cas, il s'agit d'une dette que la femme a contractée sans autorisation, et dont la communauté n'a pas profité : cette dette, qu'il s'agisse de l'amende ou des dommages-intérêts, ne peut donc grever la communauté.

Nous croyons même, avec M. Laurent,[2] que la condamnation prononcée au profit de la partie lésée n'aura effet que sur la nue propriété des biens de la femme, même si le mari a assisté celle-ci dans la poursuite dirigée contre elle par la partie lésée.

Une opinion objecte, il est vrai, que l'assistance du mari fait présumer que la communauté a profité du délit, et que, faute par le mari d'établir que cette présomption n'est pas exacte, la condamnation devra avoir effet sur la pleine propriété des biens de la femme et sur les biens de la communauté.[3]

Ce système nous paraît inacceptable : l'assistance du mari, qui était inutile, ne peut rien faire présumer, ni pour ni contre la communauté ; et c'est au créancier, s'il prétend que la communauté a trouvé un bénéfice dans l'infraction commise par la femme, à en fournir la preuve. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir quel est l'effet général de l'autorisation donnée par le mari à la femme dans les ac-

[1] Rodière et Pont, II, n° 783; Laurent XXII, n° 66.
[2] XXII, n° 66.
[3] Troplong, II, n° 922; Rodière et Pont, II, n° 783.

tions judiciaires, question que nous examinerons bientôt;[1] mais quel est l'effet spécial des condamnations prononcées contre la femme pour infractions pénales, effet limité par l'article 1424 à la nue propriété des biens de la femme, sans que l'on ait à distinguer si le mari a assisté ou non la femme dans la poursuite dirigée contre elle.

827. — Il y a quelques matières spéciales dans lesquelles le mari est à bon droit déclaré responsable des infractions commises par la femme : c'est que le législateur suppose que l'infraction de la femme a profité ou devait profiter à la communauté.

Il en est ainsi en matière de délits ruraux[2] ou forestiers,[3] de délits de pêche,[4] ou de contraventions aux lois sur les contributions indirectes :[5] ces délits et ces contraventions pourront être poursuivis non seulement contre la femme, mais contre le mari et par suite contre la communauté.[6]

828. — Les principes que nous venons d'exposer quant aux délits, ou plus exactement quant aux infractions commises par la femme, qui n'engagent que la nue propriété de ses biens personnels, doivent être appliqués aux engagements dérivant des quasi-délits, ou des quasi contrats de la femme. Dans ces deux hypothèses, comme dans celle où la femme a commis un délit, elle peut s'obliger seule, sans l'autorisation du mari ni de justice : mais, précisément parce qu'elle s'oblige seule, elle n'a pas qualité pour engager la communauté, soit directement, soit en la privant de l'usufruit de ses propres biens ; elle n'oblige donc que la nue propriété de ses biens personnels.

[1] *Infrà*, Tome II, n° 850.

[2] Loi du 6 octobre 1791, Tit. II, art. 27.

[3] Code forestier, article 206.

[4] Lois du 15 avril 1829, art. 74, et du 9 janvier 1852, art. 12.

[5] *Voir* Girard et Fromage, *Manuel des contributions indirectes et des octrois*, § 1266, n°s 8-10.

[6] Glandaz, Encyclop. du Droit, V° *Communauté*, n° 167; Rodière et Pont, II, n° 781; Aubry et Rau, IV, § 447, texte et note 49, p. 767-768.

829. — La règle est donc que les obligations que la femme contracte seule n'engagent pas la communauté, soit parce qu'elles sont nulles en elles-mêmes, s'il s'agit d'obligations dérivant d'un contrat passé par la femme sans autorisation, soit parce qu'elles ne peuvent être exécutées que sur la nue propriété des biens de la femme, s'il s'agit d'obligations dérivant d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat.

Mais cette règle reçoit exception, si la communauté a profité de l'engagement contracté par la femme, et dans la mesure où elle en a profité : il est de principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et il serait contraire à cette règle d'équité et de droit que la communauté gardât le profit de l'obligation contractée par la femme, sans avoir à en supporter les charges. Le tiers vis-à-vis duquel la femme s'est obligée aura donc une action contre la communauté et le mari, action limitée, comme elle l'est toujours, au profit que la communauté aura retiré réellement de l'obligation de la femme.[1]

830. — La femme, qui ne peut pas engager la communauté de son autorité privée, peut l'obliger dans les trois hypothèses suivantes, que nous allons successivement examiner :

§ I. — *Engagements contractés par la femme avec l'autorisation de justice ;*

§ II. — *Engagements contractés par la femme avec l'autorisation du mari ;*

§ III. — *Engagements contractés par la femme en vertu d'un mandat du mari.*

[1] Cassation, 3 février 1830, Sirey, C. N., IX, I, 446. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 255; Troplong, II, n°s 744 et 972; Rodière et Pont, II, n° 779; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 39, p. 337.

§ I

Engagements contractés par la femme avec l'autorisation du mari.

831. — La règle, en cette matière, est écrite dans l'article 1424 : « Les actes faits par la femme sans le consente-« ment du mari, et même avec l'autorisation de la justice, « n'engagent point les biens de la communauté »...

Le motif de cette décision de l'article 1426 est le motif suivant : la femme, en obtenant l'autorisation de justice à défaut de celle du mari, soit à raison de l'absence, soit à raison du refus de celui-ci, n'acquiert qu'un seul droit, celui de s'obliger valablement elle-même ; mais elle ne peut obliger la communauté sur laquelle elle n'a aucun pouvoir. Or, comme le fait remarquer exactement M. Laurent,[1] la femme n'a d'autres biens, pendant la durée de la communauté, que la nue propriété de ses biens propres, la jouissance en ayant été abandonnée à la communauté, et elle ne peut engager que cette nue propriété, si elle a obtenu l'autorisation de justice.

832. — Au principe que la femme autorisée par justice n'oblige pas la communauté, l'article 1427 apporte deux exceptions, lorsqu'il s'agit de tirer le mari de prison, ou d'établir les enfants communs.

Il est à peine besoin de faire remarquer que dans ces deux hypothèses, que nous allons examiner, l'autorisation du mari comme celle de justice, rendrait obligatoire pour la communauté les engagements contractés par la femme. L'article 1427 semble dire le contraire, et exiger, dans ces deux cas, l'autorisation de justice : mais c'est là une rédaction vicieuse, car, sous le régime de la communauté,

[1] XXII, n° 81.

la femme autorisée du mari oblige toujours la communauté, ainsi que nous le dirons au § II, *Engagements contractés par la femme avec l'autorisation du mari*, et ainsi qu'il résulte d'ailleurs des articles 1407, 2, et 1419. L'article 1427 n'a donc qu'un but, malgré sa rédaction incorrecte : donner à l'autorisation de justice, dans les deux cas qu'il vise, une force égale à l'autorisation du mari, et permettre à la femme ainsi autorisée d'obliger la communauté.[1]

833. — Lorsqu'il s'agit de tirer le mari de prison, notre ancien droit allait plus loin que l'article 1427, et dispensait la femme de toute autorisation, aussi bien de celle du mari que de celle de justice, au moins pour les causes civiles privilégiées, qui n'admettaient pas la cession de biens. On en donnait un double motif, le premier qu'il y avait une autorisation implicite du mari, et le second, qu'il s'agissait là de l'accomplissement d'un devoir de piété conjugale, pour lequel la femme n'avait pas besoin d'autorisation.[2]

Nous croyons que les rédacteurs du Code ont bien fait d'exiger l'autorisation de justice : dans le système général du Code, la femme mariée ne peut s'obliger sans l'autorisation de son mari ou de justice, et il n'y avait aucun motif pour qu'il en fût autrement lorsqu'il s'agit de tirer le mari de prison ; la justice, à défaut du mari, examinera les causes de la détention, les ressources du mariage, et l'opportunité d'un engagement de la femme.

Il était juste, d'ailleurs, de décider que l'engagement de la femme, lorsqu'elle était autorisée, devait obliger la communauté : la femme ne s'est pas engagée dans son intérêt

[1] Troplong, II, nos 965-966 ; Rodière et Pont, II, n° 817 ; Colmet de Santerre, VI, n° 70 *bis* I ; Laurent, XXII, n° 83. — *Contrà*, Cassation, 8 novembre 1814, Sirey, c. N., IV, I 627.

[2] Arrêt solennel du 27 août 1564. — Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 35 ; Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre II, Chap. I, Sect. I, n° 21.

personnel, mais dans celui du mari et de la communauté dont il est l'administrateur ; il est donc juste que la communauté, qui va profiter de l'activité du mari rendu à la liberté, supporte les conséquences de la dette contractée pour le faire sortir de prison.

Remarquons que cette disposition de l'article 1427 a perdu une grande partie de son importance depuis la loi du 22 juillet 1867, qui, en supprimant la contrainte par corps en matière civile et commerciale, et contre les étrangers, ne l'a maintenue qu'en matière criminelle, correctionnelle et de simple police.

834. — La femme pourrait-elle s'obliger, dans les termes de l'article 1427, non pas pour tirer son mari de prison, mais pour l'empêcher d'y entrer ?

Au premier abord, on est tenté de répondre affirmativement, et c'est ce que font un certain nombre d'auteurs :

« La raison de dévouement, disent MM. Rodière et « Pont, est identique dans l'un et dans l'autre cas. La loi, « qui laisse la femme libre d'intervenir pour faire cesser « l'emprisonnement de son mari, serait inconséquente « si elle la contraignait à demeurer inactive, quand elle « pourrait et voudrait empêcher que l'emprisonnement fût « effectué. »[1]

Nous croyons cependant qu'il est plus juridique de décider que la femme ne peut s'obliger, tant que le mari n'est pas en prison, et cela par les deux motifs suivants.

En premier lieu, cette solution paraît bien résulter du texte de l'article 1427, qui ne parle de l'autorisation de justice que « pour tirer le mari de prison, » non pour l'empêcher d'y entrer ; et on doit d'autant plus interpréter ce texte d'une façon restrictive qu'il constitue une exception au droit commun, et qu'en principe, comme nous l'avons vu,[2] la femme autorisée de justice n'engage que la nue

[1] II, n° 820. — *Sic* Marcadé, V, article 1427, II ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 102, note 47.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 831.

propriété de ses biens personnels, mais elle n'engage ni la jouissance de ces biens, ni le patrimoine de la communauté.

En second lieu, cette solution du texte nous paraît prudente ; il ne faut pas engager trop légèrement le patrimoine de la communauté, sans l'autorisation du mari qui en est le chef. Tant que la perspective de le voir retenu en prison ne constitue qu'une éventualité plus ou moins redoutable, on conçoit que le législateur n'admette pas l'intervention de la justice, pour des craintes peut-être mal fondées : au contraire, si le mari est incarcéré, il est bon que la femme puisse lui rendre la liberté, avec l'autorisation de la justice.

Enfin nous ajoutons que l'intervention de la justice nous paraît absolument inutile, tant que le mari est en liberté : c'est à lui qu'il appartient de donner à la femme l'autorisation nécessaire pour contracter un emprunt, s'il craint l'éventualité d'une incarcération, mais à quoi bon faire intervenir la justice ? Ce motif nous paraît à lui seul suffisant pour légitimer la solution que nous défendons.[1]

835. — Le texte de l'article 1427 n'autorise l'obligation de la femme que pour « tirer le mari de prison » : mais il faut placer sur la même ligne l'engagement qu'elle contracterait avec l'autorisation de justice pour payer « la « rançon » de son mari.

Cette hypothèse, qui sera évidemment plus rare de nos jours qu'à l'époque où les pirates barbaresques sillonnaient la Méditerranée, peut encore se présenter : même sur le continent européen, il y a certaines contrées où le brigandage classique, avec arrestation et rançon, paraît avoir élu domicile, et il n'y a guère d'année où les *faits divers* de quelque revue ou de quelque journal ne nous en apportent l'écho.

[1] Duranton, XIV, n° 301 ; Glandaz, ENCYCLOP. DU DROIT, V° *Communauté*, n° 181 ; Troplong, II, n° 968 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 34, p. 336.

Or, dans cette hypothèse comme dans celle d'un emprisonnement légal, il est désirable que la femme puisse rendre la liberté à son mari; nous dirons même que cela est plus désirable dans l'hypothèse d'une arrestation illégale, où non seulement la liberté, mais la vie du mari peut être en danger.[1]

835 *bis*. — La femme pourrait-elle engager les biens de la communauté avec l'autorisation de justice pour se tirer elle-même de prison ?

MM. Rodière et Pont répondent affirmativement,[2] mais nous croyons que la négative est beaucoup plus juridique : la règle est écrite dans l'article 1426, c'est l'incapacité pour la femme autorisée de justice d'obliger la communauté, et l'exception de l'article 1427 ne vise que le cas d'emprisonnement du mari. La situation, d'ailleurs, n'est pas la même dans les deux cas : dans l'hypothèse de l'emprisonnement de la femme, le mari est présent, et, s'il refuse son autorisation, nous ne voyons pas à quel titre la justice pourrait, malgré ce refus, autoriser la femme à endetter la communauté.

836. — La femme peut encore, d'après l'article 1427, s'obliger et engager les biens de la communauté avec l'autorisation de justice, pour l'établissement de ses enfants, au cas d'absence du mari.

« La femme qui pourvoit à l'établissement des enfants « communs, dit très bien M. Colmet de Santerre, fait ce « qu'aurait dû faire le mari, s'il avait été présent, et l'au- « torisation de la justice garantit que les sacrifices faits « par la femme n'excèdent pas les proportions raison- « nables. »[3]

Mais pourra-t-elle engager les biens de la communauté pour doter les enfants qu'elle aurait eus d'un précédent

[1] Duranton, XIV, n° 301; Rodière et Pont, II, n° 819; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 35, p. 336.

[2] II, n° 822.

[3] VI, n° 70 *bis* IV.

mariage? Nous croyons qu'il faut répondre négativement: on a, avec raison, fait remarquer que l'établissement de ces enfants, à la différeuce de l'établissement des enfants communs, ne constitue pas une charge de la communauté; et on ajoute que le texte de l'article 1427 n'est pas assez formel pour permettre à la femme, qui n'est autorisée que de justice, de grever ainsi la communauté d'une dette qui n'est pas une dette commune.[1]

A ces motifs nous ajouterons que les travaux préparatoires font disparaître toute équivoque sur le sens de l'article 1427 ; en effet, si ce texte emploie les expressions « l'établissement de *ses* enfants », ce qui s'entendrait aussi bien des enfants nés d'un premier mariage de la femme que des enfants communs, voici comment s'exprime M. Duveyrier dans son rapport au Tribunat :

« ... Il n'est que deux cas, dit-il, où l'autorisation de jus-
« tice puisse remplacer l'autorisation maritale : pour tirer
« son mari de prison, et, si son mari est absent, pour
« établir les *enfants communs.* »[2]

837. — L'article 1427 autorise la femme à s'adresser à la justice pour établir les enfants communs en cas « *d'ab-*
« *sence* » du mari : cette expression est-elle limitative, ou bien faut-il admettre que la femme pourra s'adresser à justice dans les autres hypothèses où le mari ne peut exprimer son avis, par exemple s'il est enfermé dans une maison d'aliénés? De même, la justice peut-elle autoriser l'obligation pour une autre cause que pour l'établissement des enfants ?

Une opinion soutient que ce texte n'est pas limitatif, et qu'il faut l'étendre par analogie à tous les cas dans lesquels le mari ne peut manifester de volonté. On invoque, en ce sens, le mot « *même* » de l'article 1427, mot qui n'aurait pas de sens si les deux cas indiqués par le texte étaient les

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 70 *bis* IV; Laurent, XXII, n° 86.
[2] Fenet, XIII, p. 722.

seuls où la femme pût obtenir l'autorisation de justice. On ajoute que cette disposition ainsi entendue est raisonnable, et que, du moment où il y est nécessaire de pourvoir aux intérêts d'une personne incapable d'y veiller elle-même, la justice peut donner à la femme ce mandat, qu'elle pourrait donner à un étranger.[1] De même, encore bien qu'il ne s'agisse pas de l'établissement des enfants, la justice pourra autoriser l'obligation pour toute autre cause qu'elle trouvera légitime.[2]

Nous croyons qu'il faut repousser cette théorie.

Il nous paraît impossible que le législateur ait voulu donner aux tribunaux le pouvoir arbitraire d'autoriser la femme à engager la communauté, pour toute espèce de causes et dans toute espèce de cas : la règle est dans l'article 1426, la femme autorisée de justice n'engage pas la communauté, et l'exception de l'article 1427 ne se comprend pas, si on ne la renferme point dans les deux hypothèses que le texte prévoit.

On objecte le mot « *même* « de l'article 1427, qui ne peut s'expliquer, dit-on, si la femme n'oblige pas la communauté dans d'autres hypothèses : nous croyons qu'il y a une explication plus exacte de ce mot. Dans l'ancien droit, comme nous l'avons dit,[3] lorsqu'il s'agissait de tirer le mari de prison, la femme pouvait s'obliger et obliger la communauté sans autorisation de justice : aujourd'hui, *même* dans ce cas favorable, il faut l'autorisation de justice. Voilà, à notre avis, tout ce que signifie cette expression.

Ajoutons que le rapport du tribun Duveyrier, que nous avons cité au numéro précédent, vient fortifier notre théorie de l'interprétation limitative de l'article 1427 : « Il n'est

[1] Amiens, 26 juillet 1877, Sirey, 77, II, 265. — Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 321 ; Troplong, II, n° 970 ; Rodière et Pont, II, n° 816 ; de Folleville, I, n° 326.

[2] Bourges, 13 février 1830, Sirey, 31, II, 69.

[3] *Suprà*, Tome II, n° 833.

« que deux cas, dit M. Duveyrier, où l'autorisation de jus-« tice puisse remplacer l'autorisation maritale... » Il nous paraît vraiment difficile, en présence d'une déclaration aussi précise et aussi conforme au texte des articles 1426 et 1427, d'admettre que l'on pourra étendre par analogie la double exception de l'article 1427.[1]

Il y a cependant une concession que nous croyons devoir faire à l'opinion que nous venons de combattre : c'est que l'expression « en cas d'absence du mari » devra s'entendre aussi bien du cas d'absence présumée que d'absence déclarée de celui-ci. Il est bien vrai que le mot « absent », dans son sens précis, ne s'applique qu'à la personne en état de déclaration d'absence : mais ce sens exact n'a pas toujours été respecté par le législateur lui-même, qui, à diverses reprises, a employé le mot « absent » dans un sens générique, pour désigner soit le non présent, soit le présumé absent, aussi bien que l'absent déclaré.[2] Or les motifs sont les mêmes pour déclarer valable l'autorisation de justice lorsqu'il s'agit d'établir les enfants communs, que le mari soit présumé absent ou déclaré absent : il faut, dans les deux cas, permettre à la femme d'établir les enfants au moyen des biens de communauté. D'ailleurs, ce n'est pas là étendre par analogie l'article 1427, mais fixer le sens des termes employés dans ce texte.

838. — Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur l'interprétation de l'article 1427, il faut décider que si le mari est interdit, la femme ne pourra établir les enfants aux dépens des biens de communauté avec la seule autorisation de justice. En effet, cette hypothèse est réglée par un texte spécial, auquel la femme devra se conformer, l'article 511 : la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal. Ce texte,

[1] Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 102; Aubry et Rau, V, texte et note 38, p. 336-337; Laurent, XXII, n° 84.

[2] *Voir* notamment les articles 155 et 316.

spécial à la situation des enfants de l'interdit, doit être appliqué sous tous les régimes, sous celui de la communauté comme sous les autres.[1]

838 *bis*. — L'article 1427 permet à la femme autorisée de justice « d'engager les biens de la communauté » pour tirer le mari de prison ou établir les enfants : l'engagement, l'emprunt, est en effet le moyen le plus commode et le plus prompt d'obtenir les fonds nécessaires dans ce double but. Mais ce moyen n'est pas le seul, et si la femme trouve plus utile de vendre un bien de communauté peu productif que d'emprunter, elle pourra obtenir de la justice l'autorisation nécessaire.

Ce n'est pas là étendre l'article 1427, car l'aliénation peut être moins onéreuse pour la communauté que l'emprunt : c'est lui restituer son véritable sens, sens conforme à l'ancienne tradition ;[2] et on s'explique d'ailleurs que le législateur n'ait parlé que de l'emprunt, car c'est le moyen qui sera employé le plus fréquemment.[3]

839. — Le principe posé par l'article 1426, et d'après lequel les actes faits par la femme avec l'autorisation de justice n'engagent pas la communauté, mais seulement la nue propriété de ses biens personnels, doit être appliqué non seulement aux engagements contractés par la femme, mais aussi aux actions judiciaires qu'elle exerçait avec la seule autorisation de justice.

L'article 1426, il est vrai, ne parle que des « actes faits » par la femme, mais le motif de décider est le même, qu'il s'agisse d'une convention, ou d'une instance à introduire ou à soutenir par la femme : il faut l'autorisation du mari, chef de la communauté, pour pouvoir engager les biens de la communauté. D'ailleurs, l'obligation contractée en jus-

[1] Duranton, XIV, n° 302; Troplong, II, n° 963 ; Rodière et Pont, II, n° 926 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 36, p. 336.

[2] Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre II, Chap. I, Sect. I, n° 21 ; Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 35.

[3] Rodière et Pont, II, n° 818 ; Laurent, XXII, n° 87.

tige est analogue à celle qui résulte des conventions, *in judiciis quasi contrahimus.*[1]

840. — L'action en séparation de corps ou de biens, ou en divorce, est soumise à des règles spéciales, tenant à ce que la femme a pour adversaire le mari : il est nécessaire que l'autorisation émane alors de la justice, et la situation ne peut être la même que dans les instances dirigées par ou contre des tiers, et où l'autorisation de justice n'a été accordée à la femme que sur le refus du mari de l'autoriser.

Deux hypothèses peuvent se présenter, celle où le mari est demandeur, et celle où il est défendeur.

Si le mari est demandeur, et qu'il échoue dans sa demande, les frais de l'instance sont à la charge de la communauté. Il en est en effet de ce procès comme de tout autre entrepris et perdu par le mari : les frais doivent en être supportés par la communauté, comme elle supporte toutes les dettes que le mari a contractées.

Si le mari réussit dans sa demande, le paiement des frais pourra encore être poursuivi sur les biens de la communauté : mais, au moment de la liquidation, la femme devra récompense à la communauté à concurrence des dépens mis à sa charge par les jugements ou les arrêts.[2]

841. — Si la femme est demanderesse et qu'elle réussisse dans sa demande, la communauté devra supporter définitivement les frais, comme ceux de tout procès perdu par le mari : le fait qu'il a plaidé contre la femme ne peut rendre la situation de la communauté différente.

MM. Massé et Vergé objectent, il est vrai, que cette solution va avoir pour conséquence de mettre une partie des frais à la charge de la femme, si elle accepte la communauté : solution injuste, disent-ils, puisqu'elle en a été exonérée par le jugement qui a accueilli sa demande.[3]

[1] Rodière et Pont, II, n° 843, Laurent, XXII, n° 82.

[2] Glandaz, ENCYCLOP. DU DROIT, V° *communauté*, n° 169; Rodière et Pont, II, n° 814.

[3] IV, p. 98, note 35.

Cette objection nous paraît reposer sur une confusion : la femme a gagné son procès, le mari doit payer les frais, et le jugement est ainsi exécuté. Mais comme les dettes du mari sont des dettes de communauté, la communauté est tenue du paiement des frais ; et si la femme accepte la communauté, elle devra l'accepter comme elle l'est, avec le passif qui la grève, sans que l'on puisse en retrancher telle ou telle dette à raison de son origine.[1]

342. — Si la femme demanderesse succombe dans l'instance par elle intentée, la question de savoir à la charge de qui sont les frais a été discutée, et on a soutenu que le mari pouvait être poursuivi pour le paiement de ces frais, sauf son recours contre la communauté, et que dans tous les cas la communauté devait les supporter.[2]

Aujourd'hui, on s'accorde généralement à reconnaître que ces frais ne peuvent être supportés que par la femme seule, et c'est à bon droit, croyons-nous, que cette solution a triomphé. La femme ne peut engager la communauté par les obligations qu'elle contracte, elle ne peut pas plus l'engager par un procès téméraire.

Si nous avons pensé qu'il devait en être autrement pour le procès en séparation perdu par le mari, demandeur, c'est à raison des pouvoirs qui appartiennent au mari comme chef, et parce que les dettes du mari sont dettes de communauté ; pour la femme, il n'y a rien de pareil, et les dettes qu'elle contracte restent les siennes. La situation est régie pour elle par l'article 1426, et ce texte met obstacle à ce que l'action de l'avoué en paiement de ses frais atteigne autre chose que la nue propriété des biens personnels de la femme.

Que l'on n'objecte pas qu'avec une telle éventualité la femme ne pourra poursuivre sa demande en séparation ou

[1] Glandaz, Encyclop. du droit, V° *communauté*, n° 169; Rodière et Pont, II, n° 814.

[2] Bruxelles, 5 juillet 1809, Sirey, c. n., III, II, 98; Paris, 11 mai 1815, Sirey, c. n., V, II, 43.

en divorce : il lui sera, au contraire, très facile de la poursuivre en obtenant contre son mari une provision *ad litem*, comme l'y autorisent l'article 263 au cas de divorce, et l'article 878 du Code de procédure au cas de séparation de corps.[1]

843. — Si la femme avait commis l'imprudence de ne pas demander de provision, et qu'elle vînt à succomber dans son action, il faudrait appliquer la théorie que nous venons d'exposer au numéro précédent, et l'avoué qui aurait occupé pour elle n'aurait aucun recours ni contre le mari ni contre la communauté.[2]

De même, si la femme n'avait obtenu qu'une provision insuffisante, et que les frais faits pour elle vinssent à en dépasser le chiffre, l'avoué n'aurait aucune action contre le mari ou la communauté pour en obtenir le complément : c'était à lui à demander en justice une nouvelle provision, lorsqu'il avait vu que les frais faits allaient atteindre le chiffre de la provision précédemment allouée.[3]

Mais, à l'inverse, si la femme a obtenu une provision qui n'est pas encore payée par le mari au moment où le procès est perdu par la femme, ou bien lorsqu'elle s'en désiste, son avoué a une action contre le mari pour obtenir le paiement de cette provision, dans la mesure de ce qui lui est dû par la femme.

« Attendu, a dit très bien la Cour de cassation, que les « articles 268 du Code civil et 878 du Code de procédure

[1] Paris, 8 novembre 1827, Sirey, c. N., VIII, II, 414; Angers, 28 juin 1850, Sirey, 52, II, 129; Douai, 4 juillet 1854, Sirey, 54, II, 747, et Dalloz, 54, V, 400, — Glandaz, ENCYCLOP. DU DROIT, V° *communauté*, n° 169; Troplong, II, n° 952; Rodière et Pont, II, n° 814; Laurent, XXII, n° 82.

[2] Angers, 28 juin 1850, Sirey, 52, II, 429, et Dalloz, 51, II, 60; Cassation, 5 juillet 1865, Sirey, 65, I, 340, et Dalloz, 65, I, 312.

[3] Cassation, 11 juillet 1837, Sirey, 37, I, 576; Cassation, 22 novembre 1853, Sirey, 53, I, 737, et Dalloz, 54, I, 38; Cassation, 30 avril 1862, Sirey, 62, I, 449, et Dalloz, 62, I, 210; Cassation, 5 juillet 1865, Sirey, 65, I, 340, et Dalloz, 65, I, 312. — Rodière et Pont, II, n° 814; Laurent, XXII, n° 82.

« autorisent les tribunaux à accorder aux femmes, qui « plaident en séparation de corps, des provisions destinées « à subvenir tant à leurs besoins personnels qu'aux frais « du procès ; qu'ainsi les dispositions de l'article 1426 du « Code civil ne font pas obstacle à ce que ces provisions « soient accordées à la femme et payées par le mari ;

« Attendu que lorsqu'un jugement allouant une provi- « sion à une femme plaidant en séparation de corps est « rendu, et qu'elle a pour destination spéciale les frais du « procès, cette provision est acquise à l'avoué de la femme, « pour le remboursement des frais qui lui sont dus, quel « que soit le résultat ultérieur de la demande en sépara- « tion. »[1]

§ II

Engagements contractés par la femme avec l'autorisation du mari.

844. — Aux termes des articles 1409, 2°, et 1419, les engagements contractés par la femme avec l'autorisation du mari sont exécutoires tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari et de la femme.

Cette disposition est contraire au principe de droit commun, en vertu duquel celui qui donne une autorisation ne s'oblige pas lui-même, *qui auctor est non se obligat :* quel est le motif de cette règle exceptionnelle de notre matière ? Le législateur a pensé, avec raison, que si le mari autorisait la femme à s'obliger, c'est que l'obligation devait profiter à la communauté. C'est là, en effet, ce qui arrivera le plus souvent, et, si l'engagement ne doit pas servir à la communauté, le mari refusera son autorisation. Le législateur en a conclu qu'en principe l'obligation ainsi con-

[1] Cassation, 22 novembre 1853, Sirey, 53, I, 737, et Dalloz, 53, I, 38.

tractée devait peser à la fois sur les biens de la communauté, sur ceux du mari et sur ceux de la femme.

Mais, comme il peut se faire que cette présomption se trouve inexacte, et que le mari ait autorisé la femme à s'obliger dans son intérêt exclusif, à elle, les articles 1409, 2°, et 1419 ajoutent que la communauté et le mari ne paieront que sauf la récompense qui peut leur être due par la femme.

La dette contractée par la femme avec l'autorisation du mari est donc, au point de vue du droit de poursuite, à la charge de la communauté et du mari; et, au point de vue de la contribution, cette dette restera à leur charge, à moins que le mari ou ses héritiers ne prouvent que la dette a été contractée dans l'intérêt personnel de la femme.[1]

845. — Les biens du mari sont, disons-nous avec l'article 1419, engagés au paiement de la dette contractée par la femme avec son autorisation : mais faut-il en conclure que le mari est débiteur personnel de cette obligation ?

Non, d'après M. Laurent.[2] Le mari qui consent à ce que sa femme s'oblige ne s'oblige pas, dit-il : on ne peut être débiteur personnel sans avoir parlé au contrat. Sans doute le mari est tenu sur ses biens des dettes ainsi contractées par la femme, mais cela tient à ce que ses biens se confondent avec ceux de la communauté, laquelle est tenue des dettes contractées par la femme avec le consentement du mari. Il suit de là qu'à la dissolution de la communauté le mari ne sera pas tenu des dettes de cette nature pour la totalité, mais seulement pour moitié.

Nous croyons au contraire que le mari est débiteur personnel des dettes ainsi contractées, comme des dettes qui sont entrées de son chef, à lui mari, dans la communauté. Sans doute, en principe, celui qui autorise ne s'oblige pas : mais précisément l'article 1419 apporte une exception à ce principe, en décidant que les créanciers de la femme pourront poursuivre la communauté et le mari.

[1] Cassation, 9 février 1887, Dalloz, 87, I, 269.
[2] XXII, n° 70.

La dette de la femme autorisée du mari est, M. Laurent le reconnaît, une dette de communauté : nous en concluons qu'elle est une dette du mari, aussi bien que les autres dettes de communauté, au même titre que l'emprunt que le mari aurait contracté lui-même.[1]

Voici les conséquences du système que nous adoptons.

En premier lieu, à la dissolution de la communauté, le mari sera tenu vis-à-vis des créanciers de la femme, non pas seulement de la moitié, mais de la totalité de la dette.

En second lieu, si la femme a fait le commerce avec l'autorisation de son mari, puis qu'elle soit tombée en faillite, et ait obtenu un concordat lui faisant remise d'une partie de la dette, les créanciers pourront poursuivre la communauté et le mari pour le surplus de la dette.[2]

846. — Si, au lieu de la femme, c'est le mari qui tombe en faillite, et qu'il obtienne un concordat et la remise d'une partie des dettes que la femme avait contractées avec lui, il est certain que la femme demeure obligée à l'acquittement du surplus des dettes : elle est débitrice personnelle, et la remise faite au mari par le concordat ne la libère pas.

Mais cette remise, qui libère le mari, libère-t-elle en même temps la communauté ? La question est controversée, et il a été jugé que la remise faite au mari ne profitait pas à la communauté. Le créancier, qui a contracté avec le mari et la femme solidairement, a, dit-on, trois obligés, la femme, le mari, et la communauté : la remise obtenue par le mari dans son concordat le libère, mais elle ne libère ni la femme, ni la communauté, qui constitue un être moral ayant son individualité distincte de celle des époux, et qui ne peut être libérée que par une remise à elle faite directement. On ajoute que, s'il en était autrement, l'article 1419 et la protection que la loi a voulu accorder au créan-

[1] Demolombe, *Cours du Code civil*, IV, n° 310.
[2] Paris, 19 février 1845, Dalloz, 45, IV, 89.

cier seraient bien vite éludés, au moyen d'un dividende dérisoire et d'un concordat facilement obtenu.[1]

Nous croyons qu'il faut repousser cette théorie et décider que le concordat obtenu par le mari libère la communauté.

Nous repoussons d'abord la base fondamentale du système que nous venons d'exposer, à savoir que la communauté constitue une personne morale distincte de celle des époux : nous avons combattu cette théorie au début même de nos explications sur le régime de la communauté.[2] Pendant le mariage, le patrimoine de la communauté et celui du mari n'en font qu'un, les dettes de l'un sont les dettes de l'autre, et, par le même motif, la libération obtenue par l'un profite à l'autre.

On objecte que le concordat peut être facilement obtenu : mais on oublie qu'il ne peut être accordé que par les créanciers, et que les précautions prises par la loi commerciale garantissent les intérêts de la minorité. Les créanciers ne peuvent donc s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils ont libéré imprudemment le mari : ils ont en même temps libéré la communauté, dont les intérêts sont unis à ceux du mari.[3]

847. — L'autorisation donnée par le mari à la femme de s'engager peut être expresse ou tacite : la loi ne la soumet à aucune forme, et il suffit que la volonté du mari d'autoriser la femme soit certaine pour que l'engagement de celle-ci oblige la communauté et le mari.[4]

C'est parce que l'autorisation tacite du mari suffit pour valider l'engagement de la femme que les obligations contractées par la femme commerçante sont à la charge de la communauté. Sans doute, le mari n'a pas autorisé

[1] Lyon, 23 juillet 1858; Sirey, 59, II, 615.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 345.

[3] Paris, 24 janvier 1855, Sirey, 55, II, 81, et Dalloz, 56, II, 110.— Rodière et Pont, II, n° 787 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 42, p. 398; Laurent, XXII, n° 72.

[4] Rodière et Pont, II, n° 789.

spécialement chacune de ces obligations de la femme, mais, en lui donnant l'autorisation générale de faire le commerce, il l'a tacitement autorisée à contracter tous ces engagements, qui constituent la vie commerciale :

« Le mari, disait Pothier, ayant donné son consente-
« ment au commerce que sa femme exerce, il est censé
« avoir donné tacitement son consentement aux dettes que
« la femme a contractées pour raison de ce commerce,
« dont elles sont une suite nécessaire. »[1]

C'est donc par une erreur évidente de rédaction que l'article 1426, comme l'avait déjà fait l'article 220, présente comme une exception au principe, que les actes faits par la femme sans le consentement du mari n'engagent pas la communauté, l'hypothèse des dettes contractées par la femme commerçante : c'est là une application des principes relatifs aux actes autorisés par le mari, et non une exception à ces principes.

848. — L'article 1426 ne déclare obligatoire pour la communauté les engagements de la femme commerçante que si elle a contracté « comme marchande publique et « pour le fait de son commerce. » Ces expressions reproduisent la même idée qui était déjà écrite dans l'article 220 : « la femme, si elle est marchande publique, peut s'obliger « pour ce qui concerne son négoce ; » expression employée aussi dans l'article 5 du Code de commerce.

L'explication de ces expressions appartient au commentaire de l'article 220,[2] et surtout à celui de l'article 5 du Code de commerce.[3] Nous voulons seulement dégager l'idée fondamentale qui ressort de ces trois textes. Pour que l'engagement de la femme non spécialement autorisée par le mari soit valable et obligatoire pour la communauté, il faut qu'il soit relatif à son commerce : ce n'est

[1] *Traité de la communauté*, n° 254.
[2] Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 295 et suiv.
[3] *Voir* Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 187 et suiv.

que dans cette mesure qu'elle a reçu l'autorisation tacite de s'obliger et d'obliger la communauté.

Ainsi seront valables et obligatoires pour la communauté l'achat et la vente de marchandises, la location de magasins ou d'usines, l'acceptation ou l'endossement de lettres de change ou de billets à ordre, l'ouverture d'un compte courant chez un banquier, etc...

A l'inverse, l'achat d'une terre, la construction ou l'achat d'une maison d'agrément, etc..., ne rentreraient pas dans le cercle des opérations qui sont permises à la femme qui agit seule, et qui sont obligatoires pour la communauté.

Ces exemples suffisent pour montrer quelle est la portée de nos textes, lorsqu'ils exigent que l'engagement de la femme soit contracté « pour les besoins de son négoce, » ou « pour le fait de son commerce. »

Ces textes font encore naître une série d'autres questions : dans quels cas la femme sera-t-elle réputée marchande publique ? Dans quels cas peut-on dire qu'elle a été autorisée par son mari à faire le commerce ? Et, lorsqu'elle a été autorisée, quelles sont les limites de sa capacité ? Ces questions, comme la précédente, se rattachent à l'étude de l'article 5 du Code de commerce, ou à la théorie de l'autorisation maritale (Articles 220 et suiv.), et nous n'avons pas à les examiner ici.

849. — Nous venons de supposer que la femme était autorisée par le mari à faire le commerce : mais, si le mari refuse de donner son autorisation ou est incapable de la donner, parce qu'il est interdit ou absent, la femme peut-elle se faire autoriser par justice pour devenir commerçante ? Et, en cas d'affirmative, quels vont être les effets de cette autorisation ?

La première question, la justice peut-elle autoriser la femme à faire le commerce, est très controversée,[1] mais

[1] *Voir*, dans le sens de l'affirmative, Grenoble, 27 janvier 1863, Dalloz, 63, V, 38 ; Paris, 3 janvier 1868, Dalloz, 68, II, 28. — Dans le sens de la négative, Trib. de Lyon, 16 janvier et 13 mars 1869,

elle ne rentre pas dans l'étude du Contrat de mariage. Nous avons donc seulement à examiner quels seront les effets de cette autorisation de justice donnée à la femme, en supposant que la justice puisse valablement la donner.

Nous croyons que la femme ainsi autorisée n'engagera par ses actes commerciaux ni la communauté, ni le mari, mais seulement la nue propriété de ses biens personnels : c'est la règle générale établie pour les effets de l'autorisation de justice, et nous ne voyons aucun motif pour ne pas l'appliquer aux engagements commerciaux. Bien plus, comme ces engagements ont une portée plus grande qu'un engagement civil déterminé, et que les effets peuvent en être plus désastreux pour l'obligé, nous croyons que c'est *à fortiori* qu'il faut appliquer à cette hypothèse particulière les principes généraux sur les effets de l'autorisation de justice.[1]

850. — L'autorisation de plaider donnée par le mari à la femme produira les mêmes effets que l'autorisation par lui donnée de s'obliger : les suites de l'instance, c'est-à-dire la condamnation aux dépens et aux dommages-intérêts qui pourrait atteindre la femme, sera exécutoire contre la communauté et contre le mari.[2]

Mais, s'il en est ainsi pour les dépens et les dommages-intérêts, qui sont la conséquence directe du procès, il n'en est pas de même du principal de la condamnation prononcée contre la femme par le jugement. Cette condamnation n'a pas pour cause le procès soutenu, le jugement n'ayant fait que déclarer le droit antérieur du créancier de la femme : le montant de la dette reconnue par le jugement

Dalloz, 69, III, 29-30. — Demolombe, IV, n° 248 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis du droit commercial*, I, n° 185.

[1] Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 320 ; Rodière et Pont, II, n° 785 ; Marcadé, I, article 220, n° 2 ; Aubry et Rau, V, § 472, texte et note 70, p. 155.

[2] Rodière et Pont, II, n° 786 ; Aubry et Rau, V, § 504, p. 339 ; Laurent XXII, n° 80.

entrera donc ou non en communauté, suivant que la dette sera ou non mobilière.[1]

851. — La règle que les obligations, contractées par la femme avec l'autorisation du mari, sont à la charge de la communauté et du mari, comporte deux exceptions, l'une certaine, l'autre dont l'existence est controversée.

La première exception est relative aux successions immobilières acceptées par la femme avec l'autorisation du mari : aux termes de l'article 1413, les créanciers de ces successions n'ont d'action ni sur les biens de la communauté, ni sur ceux du mari. Nous avons indiqué les motifs de cette exception au droit commun :[2] la succession purement immobilière ne profitant qu'à la femme, il est juste que la communauté n'en supporte pas le passif.

Toutefois, l'autorisation du mari n'est pas dépourvue d'effet, car il résulte de l'article 1413, 1, que les créanciers pourront poursuivre leurs créances sur la pleine propriété des biens de la femme, à la différence des créanciers de la femme autorisée seulement de justice, et qui, aux termes de l'article 1413, 2, n'ont action que sur la nue propriété des biens de la femme.

852. — Une seconde exception doit être apportée, disons-nous, à la règle que la femme autorisée par le mari oblige la communauté et le mari : c'est lorsque le mari autorise la femme à aliéner un de ses immeubles ; nous croyons qu'alors, à moins de stipulation particulière et formelle, la communauté et le mari ne sont pas tenus de l'obligation de garantie.

Une opinion soutient que, même dans ce cas, le mari et la communauté doivent être de plein droit obligés à garantie. C'est la règle générale écrite dans l'article 1409, 2°, et il n'y a, dit-on, aucun motif pour y déroger dans l'hypothèse que nous examinons, car ce sera souvent pour

[1] Aubry et Rau et Laurent, *Op. et loc. citat.*

[2] *Suprà*, Tome II, n° 636, et les autorités qui y sont citées.

procurer une somme d'argent au mari et à la communauté que la femme aliénera un de ses propres.

On objecte à cette théorie l'article 1432, qui paraît supposer que le mari n'est obligé que s'il a « garanti solidai- « rement ou autrement » la vente faite par la femme : mais elle répond que ce texte ne fournit qu'un argument *à contrario*, qui est rarement décisif et qui l'est d'autant moins ici, que cet article n'a pas pour but d'établir dans quels cas le mari est tenu des obligations contractées par la femme.[1]

Cette théorie doit, à notre avis, être repoussée par les motifs suivants.

En premier lieu, la vente d'un immeuble de la femme, envisagée en elle-même, ne concerne que le patrimoine de celle-ci, comme l'acceptation d'une succession purement immobilière : le prix de cette vente pourra servir ou ne pas servir à la communauté, mais la vente en elle-même, abstraction faite de la destination du prix qui est chose inconnue, n'intéresse que la femme. Il est donc juste que l'obligation de garantie ne pèse ni sur la communauté ni sur le mari.

En second lieu, cette solution nous paraît commandée par le texte de l'article 1432, qui ne suppose le mari obligé que s'il a « garanti solidairement ou autrement » la vente faite par la femme. On répond que ce texte n'a pas pour but d'indiquer dans quels cas le mari est obligé : mais nous croyons au contraire qu'il n'a pas d'autre but que celui-là, et qu'en indiquant que le mari est obligé s'il a garanti la vente, ce texte décide très clairement qu'il n'est pas obligé, s'il n'a pris aucun engagement de garantie.[2]

Nous croyons toutefois que l'autorisation, donnée par le mari, aura pour conséquence de permettre à l'acquéreur évincé d'agir sur la pleine propriété des biens personnels

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* XXIII ; Laurent, XXII, n° 75.

[2] Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 310; Troplong, II, n° 846; Rodière et Pont, II, n° 785 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 44, p. 338-339.

de la femme : c'est la solution donnée par l'article 1413 pour les dettes grevant les successions immobilières, et l'analogie qui existe entre cette hypothèse et celle que nous examinons doit conduire à la même solution dans les deux cas.

853. — Faut-il généraliser les solutions données par les articles 1413 et 1432, et décider que, toutes les fois que la femme aura contracté avec l'autorisation du mari dans son intérêt exclusif, à elle, et sans qu'il puisse en résulter un profit pour la communauté, elle n'engagera que ses biens personnels ?

Cette opinion a été soutenue.

« En général, dit M. Troplong, quand la communauté « ne retire qu'un intérêt très restreint de l'acte autorisé, « ou même quand elle n'en retire aucun, la loi a dû veiller « à ce qu'on resserrât, ou qu'on abolît tout à fait, dans ces « cas particuliers, le principe posé dans l'article 1419. »[1]

Nous croyons qu'il faut rejeter cette théorie, et décider qu'en dehors des hypothèses prévues par les articles 1413 et 1432, toute dette de la femme autorisée du mari oblige la communauté et le mari, sans que l'on ait à examiner si l'obligation a pu profiter à la communauté.

Cette solution résulte, d'abord, du texte de l'article 1419, qui pose en principe général que toute dette contractée par la femme avec le consentement du mari est à la charge de la communauté et du mari.

De plus, les articles 1413 et 1432 viennent encore préciser la portée de la règle de l'article 1419, en y apportant deux exceptions, mais deux exceptions seulement, en dehors desquelles la règle de l'article 1419 reprend son empire.

Nous ajouterons que, selon nous, c'est avec raison que le législateur a évité de distinguer, pour mettre la dette à la charge de la communauté, suivant que cette dette profiterait exclusivement à la femme ou non : l'examen de cette

[1] II, n°s 846, et 1229-1231. — *Sic* Duranton, XIV, n° 248.

question peut être délicat pour le tiers vis-à-vis duquel la femme va s'obliger. Au contraire, dans le système adopté par l'article 1419, la situation du tiers est très simple: du moment où la femme est autorisée par le mari, le tiers a la certitude d'avoir pour obligés la femme, la communauté et le mari, sans avoir à rechercher si l'obligation profite ou non à la communauté.[1]

854. — L'opinion que nous venons d'adopter conduit notamment aux conséquences suivantes.

Si l'enfant commun est doté par la femme avec l'autorisation du mari, le paiement de la dot est à la charge de la communauté et du mari.[2]

Si la femme autorisée du mari conclut un marché avec un architecte ou un entrepreneur pour la réparation ou la reconstruction de bâtiments à elle propres, la communauté et le mari n'en seront pas moins tenus de la dette.

Il en sera de même si la femme accepte, avec l'autorisation de son mari, le mandat d'exécutrice testamentaire.

Enfin nous croyons, avec M. Laurent, qu'il faudrait encore appliquer notre solution aux charges d'une donation même immobilière acceptée par la femme avec l'autorisation du mari, par exemple, aux frais dus au notaire qui a reçu l'acte de donation. Il est bien vrai, comme nous l'avons vu avec l'article 1418,[3] que les dettes des donations immobilières ne sont point à la charge de la communauté ni du mari. Mais cette exception à l'article 1419, écrite dans les articles 1413 et 1418, ne s'applique qu'aux dettes grevant les successions ou les donations, point aux charges, pour lesquelles l'article 1419 reprend son empire.[4]

[1] Rouen, 27 mai 1854, Sirey, 55, II, 17, et Dalloz. 54, II, 248. — Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 310; Rodière et Pont, II, n° 786; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 46, p. 339; Colmet de Santerre, VI, n° 41 *bis* XXV; Laurent, XXII, n°s 76-77.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 152.

[3] *Suprà*, Tome II, n° 626.

[4] Cassation, 24 janvier 1853, Sirey, 53, I, 179, et Dalloz, 53, I, 29. — Laurent, XXII, n° 78.

855. — L'article 1431 attribue à l'engagement contracté par la femme solidairement avec son mari, pour les affaires de la communauté ou du mari, des effets particuliers : vis-à-vis de la communauté ou du mari, la femme n'est réputée s'être obligée que comme caution, et elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée.

Cette solution s'explique par les motifs suivants. Pendant la communauté, la femme, étrangère à l'administration des biens communs et ayant voulu, par l'adoption du régime de communauté légale, conserver comme propres ceux de ses biens qui, par leur nature, ne sont pas entrés en communauté, est véritablement un tiers lorsqu'elle s'engage sur ses propres dans l'intérêt de la communauté, et à plus forte raison lorsqu'elle s'engage dans l'intérêt du mari. D'un autre côté, l'engagement solidaire dans l'intérêt d'un tiers, avec lequel on s'oblige solidairement, n'est, en droit commun, qu'une des formes du contrat de cautionnement, dans les rapports des deux coobligés solidaires.

Il était donc conforme aux principes généraux de décider, comme le fait l'article 1431, que la femme ne sera réputée que caution, dans ses rapports avec la communauté et avec le mari.

856. — L'article 1431 ne dispose que dans les rapports de la femme avec la communauté et le mari : mais, dans ses rapports avec le créancier, la femme n'est pas une caution, elle est débitrice solidaire. En effet, elle s'est engagée solidairement avec son mari, et le créancier doit avoir tous les avantages de la forme donnée à l'engagement pris vis-à-vis de lui : il n'a pas à rechercher dans l'intérêt de qui l'obligation a été contractée, il lui suffit de s'en référer à son acte, qui lui donne deux obligés solidaires principaux, le mari et la femme.

C'est d'ailleurs ce qui résulte des termes mêmes de l'article 1431, « la femme n'est réputée, *à l'égard de celui-ci* « (le mari), s'être obligée que comme caution » : à l'égard

de tout autre intéressé, elle est donc une obligée solidaire principale.[1]

857. — Voici à quelles applications ces principes conduisent, d'abord vis-à-vis du créancier, puis vis-à-vis des autres codébiteurs.

Vis-à-vis du créancier, si la femme est actionnée par lui en paiement, elle ne pourra lui opposer ni le bénéfice de division, ni le bénéfice de discussion : ces bénéfices sont créés au profit de la caution, et la femme est, vis-à-vis du tiers, une obligée solidaire.

De même, si le mari et la femme se sont obligés solidairement au paiement de la dot de l'un des enfants communs, et que l'enfant doté ne puisse obtenir l'intégralité de la dot dans la succession du père prédécédé, parce que cette dot excède la quotité disponible, il pourra demander le surplus à sa mère. En vain celle-ci objecterait-elle qu'elle n'est que caution, et qu'il est de principe que la caution ne peut être tenue au delà de ce dont le débiteur principal est lui-même tenu : l'enfant doté répondra victorieusement que, vis-à-vis de lui, sa mère n'est pas caution, mais obligée principale.[2]

Observons, d'ailleurs, que l'hypothèse que nous venons d'examiner diffère de celle prévue par l'article 1431 : la constitution de dot de l'enfant n'est pas seulement « une « affaire de la communauté ou du mari, » comme l'indique l'article 1431 ; c'est l'acquittement d'une obligation naturelle qui pèse sur les deux époux, et nous avons déjà indiqué que, dans notre opinion, la constitution dotale solidaire oblige chacun des époux pour moitié, dans leurs rapports respectifs.[3]

Enfin, toujours vis-à-vis du créancier, la femme ne

[1] Troplong, II, n° 1037; Rodière et Pont, II, n° 806; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 31, p. 351 ; Colmet de Santerre, VI, n° 76 *bis* I. — *Contrà*, Paris, 15 juillet 1854, Sirey, 55, II, 657, et Dalloz, 56, II, 12.

[2] Limoges, 20 février 1855, Sirey, 55, II, 314, et Dalloz, 55, II, 284.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 146.

pourrait invoquer le bénéfice de l'article 2037, et soutenir qu'elle ne doit pas le payer, parce qu'il aurait rendu impossible la subrogation aux droits, actions et privilèges qui lui appartenaient.[1]

858. — Vis-à-vis des autres coobligés, la femme devra aussi être réputée débitrice principale, et non caution : dès lors, s'il y a des cautions obligées à la même dette que le mari et la femme, ces cautions pourront agir contre la femme, et lui demander, en vertu de l'article 2030, le remboursement de la totalité de la dette qu'elles auraient payée.[2]

De même, si la dette avait été contractée par le mari, la femme, et un tiers coobligé solidaire avec eux, celui-ci ne pourrait se prévaloir de ce que la femme est caution pour obtenir d'elle le remboursement de la part due par le mari. La femme a le droit de lui répondre qu'elle n'est caution que vis-à-vis du mari, mais, que vis-à-vis de lui, tiers, elle est une coobligée comme lui ; et que, au lieu d'appliquer l'article 2030, on devra appliquer l'article 1214, et ne permettre l'exercice du recours que pour la part et portion de chaque débiteur.[3]

859. — L'article 1431 ne parle que des obligations contractées « solidairement » par le mari et la femme : mais il faut appliquer aux obligations conjointes le principe posé par l'article 1431, car les raisons de décider sont les mêmes dans les deux cas.

Vis-à-vis des tiers, si l'obligation contractée par la femme est simplement conjointe, le tiers créancier ne pourra agir contre la femme qu'à concurrence de moitié

[1] Paris, 16 avril 1864, Sirey, 64, II, 289, et Dalloz, 64, II, 127.

[2] Cassation, 4 décembre 1855, Sirey, 57, I, 204, et Dalloz, 56, I, 58. — Rodière et Pont, II, n° 807 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 32, p. 351.

[3] Marcadé, V, article 1431, II; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 109, note 21 ; Laurent, XXII, n° 96. — *Contrà*, Cassation, 29 novembre 1827, Sirey, C. N., VIII, I, 710. — Troplong, II, n° 1046; Rodière et Pont, I, n° 807.

de la dette, conformément au principe général des obligations conjointes, principe répété à propos de la femme, comme nous le verrons dans l'article 1487.

Mais, vis-à-vis de la communauté et du mari, pour la moitié de la dette qu'elle aurait payée, la femme ne sera réputée que caution. Dans cette hypothèse, en effet, comme dans celle d'un engagement solidaire, la femme qui s'oblige dans l'intérêt du mari ou de la communauté doit avoir son recours ; et, si le législateur a parlé spécialement de l'obligation solidaire, c'est qu'il pouvait y avoir plus de doute pour ce genre d'obligation, qui établit un lien plus rigoureux entre le créancier et les débiteurs.[1]

860. — Qu'il s'agisse d'obligation solidaire ou conjointe, la femme ne peut avoir droit à une indemnité que si elle s'est engagée « pour les affaires de la communauté « ou du mari, » comme le dit l'article 1431 : si donc l'obligation a été contractée par la femme dans son intérêt exclusif, ou dans l'intérêt commun du mari et de la femme, elle n'aura pas droit à récompense, dans le premier cas, et elle n'y aura droit que pour moitié, dans le second.[2]

C'est ainsi que, dans le cas de constitution de dot faite solidairement par le mari et la femme au profit des enfants communs, l'obligation doit être supportée en définitive moitié par le mari, et moitié par la femme.[3]

C'est ainsi encore que, si le mari et la femme cautionnent solidairement un enfant commun ou un tiers, ce cautionnement, qui n'est donné que dans l'intérêt de l'enfant cautionné ou du tiers, devra être acquitté par égales parties par le mari et la femme.[4]

[1] Troplong, II, n° 1039; Rodière et Pont, II, n° 809; Laurent, XXII, n° 97.

[2] Troplong, II, n°s 1042 et suiv.; Rodière et Pont, II, n° 810; Laurent, XXII, n° 98.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 146, et Tome II, n° 857.

[4] Rennes, 22 novembre 1848, Sirey, 52, II, 134, et Dalloz, 51, II, 151; Bordeaux, 1er mai 1850, Sirey, 51, II, 185, et Dalloz, 52, II, 174. — Rodière et Pont, II, n° 810; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 33, p. 351; Colmet de Santerre, VI, n° 76 *bis* VIII; Laurent, XXII, n° 98.

861. — Le plus souvent il sera facile de savoir dans l'intérêt de qui l'obligation aura été souscrite, et alors on appliquera ou non l'article 1431, suivant que l'obligation aura profité à la communauté, au mari ou à la femme elle-même.

Mais, si l'on ne sait pas à qui l'obligation a profité, la femme aura-t-elle un recours contre la communauté et le mari, sans être obligée de prouver qu'ils en ont tiré profit? Ou bien ne pourra-t-elle exercer de recours qu'à la condition de faire cette preuve?

Une opinion soutient que la loi n'établit de présomption ni en faveur de l'un, ni en faveur de l'autre des deux époux : le mari et la femme se sont engagés comme débiteurs solidaires, ils seront réputés avoir un intérêt égal dans la dette. Si la femme paie la totalité de la dette, elle aura de plein droit un recours contre le mari pour moitié; mais, si elle veut exercer son recours pour la totalité, elle devra démontrer que l'affaire intéressait le mari ou la communauté.

L'article 1431 est, dit-on dans ce système, analogue aux articles 1214 et 1216, et il subordonne comme eux le recours total de la femme, coobligée solidaire, à la preuve que l'obligation ne l'intéressait pas.

On ajoute qu'il eût été excessif d'établir une présomption en faveur de la femme, dans ses rapports avec le mari : il peut se faire en effet que le mari ait donné son autorisation en vue d'une obligation contractée dans l'intérêt de la femme, et, si l'article 1409, 2°, accorde une action au tiers créancier contre le mari, c'est parce que le tiers a eu confiance dans le mari et a compté sur son obligation. Mais ce motif est étranger aux rapports du mari et de la femme l'un vis-à-vis de l'autre, et, entre eux, il est juste de ne mettre l'obligation à la charge du mari que s'il est prouvé qu'elle lui a profité exclusivement.[1]

[1] Colmet de Santerre, VI, n°s 76 *bis* II-76 *bis* V; Laurent, XXII, n° 95.

862. — Nous croyons que la femme n'a rien à prouver, et que, faute par le mari d'établir que l'obligation a profité à la femme, celle-ci pourra exercer un recours contre lui pour la totalité de la dette.

Nous concédons que cette solution ne résulte pas nécessairement du texte de l'article 1431, car, si cet article déclare que la femme n'est réputée que caution, et qu'elle doit être indemnisée, il indique qu'il en est ainsi lorsqu'elle s'est obligée « pour les affaires de la communauté « ou du mari ; » ce qui laisse indécise la question de savoir si elle n'a pas à faire la preuve que telle est la cause de son obligation.

Mais voici l'argument qui nous paraît décisif : ce qui a déterminé le législateur, dans l'article 1409, 2°, à déclarer le mari tenu, vis-à-vis du créancier, des dettes de la femme qu'il avait autorisées, c'est la présomption qu'il ne les a autorisées que parce qu'elles devaient lui profiter. Or, si cette idée est exacte, elle l'est aussi bien dans les rapports des deux époux entre eux que dans les rapports du mari et du créancier ; et elle doit conduire à cette conséquence, vis-à-vis de la femme, qu'elle n'aura rien à prouver, et qu'elle aura de plein droit un recours contre son mari.

Cette solution nous paraît très désirable, par le motif suivant : la femme, étrangère aux affaires de la communauté, aurait souvent beaucoup de peine à faire la preuve de la destination donnée à la somme empruntée ; au contraire, si cette somme a servi aux besoins personnels de la femme, il sera extrêmement facile au mari, administrateur des propres de la femme, d'en rapporter la preuve. Rien de plus équitable dès lors que l'interprétation que nous donnons à l'article 1431, et que la présomption qui, d'après nous, milite dans ce texte au profit de la femme obligée solidaire.[1]

[1] Paris, 20 juillet 1833, Sirey, 33, II, 395. — Troplong, II, n° 1049; Rodière et Pont, II, n° 811 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 110; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 30, p. 350-351.

863. — La femme, n'étant considérée que comme caution, dans ses rapports avec son mari, devra jouir de tous les avantages attachés par la loi au contrat de cautionnement.

Ainsi, après la dissolution de la communauté par la séparation de biens judiciaire, elle aura le droit d'exiger que l'on comprenne dans le chiffre de ses reprises l'indemnité des dettes qu'elle aura contractées avec son mari, même avant qu'elle les ait payées, et ce par application de l'article 2032.[1]

Comme conséquence du même principe, si le mari tombe en faillite ou en déconfiture, la femme pourra se faire immédiatement colloquer dans l'ordre ouvert sur les biens de son mari, et au rang de son hypothèque légale, pour le montant des dettes qu'elle a contractées solidairement avec lui, encore que ces dettes n'aient donné lieu à aucun paiement, ni même à aucune poursuite dirigée contre elle.[2]

§ III

Engagements contractés par la femme en vertu d'un mandat du mari.

864. — Aux termes de l'article 1420, toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari est à la charge de la

[1] Bourges, 5 mai 1830, Sirey, C. N., IX, II, 440; Cassation, 7 mars 1842, Sirey, 42, I, 640.

[2] Cassation, 25 mars 1834, Sirey, 34, I, 272; Orléans, 24 mai 1848, Sirey, 50, II, 145, et Dalloz, 48, II, 185; Paris, 30 juin 1853, Sirey, 55, II, 177, et Dalloz, 55, II, 356; Metz, 22 janvier 1856, Sirey, 56, II, 395, et Dalloz, 56, II, 152; Paris, 8 janvier 1859, Sirey, 59, II, 65, et Dalloz, 59, II, 65; Cassation 24 mai 1869, Sirey, 69, I, 345, et Dalloz, 69, I, 276; Cassation, 22 août 1876, Sirey, 77, I, 54, et *France judiciaire*, 76-77, p. 73.

communauté ; et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme, ni sur ses biens personnels.

Les deux propositions que ce texte renferme sont conformes, l'une et l'autre, aux principes du mandat : d'après les articles 1984 et 1998, le mandataire oblige le mandant dans la limite des pouvoirs qu'il en a reçus, mais il ne s'oblige pas lui-même ; les actes qu'il fait doivent être réputés faits par le mandant lui-même, et dès lors ils n'obligent que celui-ci.

865. — Si le mandat donné par le mari à la femme est un mandat exprès, l'application des principes écrits dans l'article 1420 ne présentera aucune difficulté : que ce mandat soit général ou spécial, les actes accomplis par la femme dans les limites de ce mandat présenteront le double caractère que nous venons de signaler, et seront obligatoires pour le mari et la communauté, sans pouvoir donner lieu à une action contre la femme.

Mais ce mandat pourra n'être que *tacite :* cette solution est la plus accréditée pour le mandat en général,[1] et les rapports qui unissent le mari et la femme et qui constituent la société conjugale l'imposent dans notre matière. En effet, si le mari est le chef de la communauté et l'administrateur des biens propres de la femme, celle-ci est l'ordonnatrice du ménage : c'est elle qui achète les aliments nécessaires à la famille, les vêtements destinés à l'usage de ses divers membres, les menus objets mobiliers indispensables à la vie domestique.

C'était la doctrine de nos anciens jurisconsultes.

Dumoulin, qui qualifie exactement la femme à ce propos de *procuratrix mariti*, explique pourquoi le mari est tenu, par exemple, de l'achat de vêtements pour sa femme,

[1] Cassation, 5 janvier 1863, Sirey, 63, I, 9, et Dalloz, 63, I, 77.— Larombière, *Traité des obligations*, V, articles 1372-1373, nos 12 et 13; Aubry et Rau, IV, § 411, texte et note 1, p. 636-637; Colmet de Santerre, V, n° 349 *bis* III.

et pourquoi la femme n'en est pas tenue, bien qu'elle en profite :

« ... *Quia (mulier) non recepit ad suum commodum et* « *utilitatem, sed ad commodum viri, qui ad hoc teneba-* « *tur, et factus est dominus vestium, nec facta est vera ac-* « *quisitio mulieri : quia vir tenebatur de suo vestire secun-* « *dum statum...* »[1]

« Obligation de la femme, dit le président de Lamoi- « gnon, faite sans l'autorité du mari... de victuailles et « provisions ordinaires de la maison, pour marchandises « de drap, linge et autres effets servant à l'usage *nécés-* « *saire* et *ordinaire*, est valable. »[2]

« *Tant qu'il n'y a pas preuve de mauvais usage*, dit « Lebrun, on condamne le mari à acquitter les parties de « marchands qui ont avancé des choses *nécessaires* pour « la subsistance et l'entretien du ménage, la femme étant « réputée procuratrice pour telles emplettes. Autrement « le mari abuserait lui-même du crédit qu'il procure à sa « femme. »[3]

« A l'égard des dettes auxquelles la femme ne s'est pas « obligée en son nom, dit enfin Pothier, la femme et ses « héritiers n'en sont pas tenus, même envers le créancier, « quand même ce seraient des dettes dont il pourrait sem- « bler que la femme a profité : telles sont celles du boulan- « ger, du boucher, du marchand qui a vendu les étoffes « dont elle est habillée. Denisart rapporte un arrêt du 22 « juillet 1762, qui a donné à une veuve, qui avait renoncé « à la communauté, congé de la demande du boucher pour « fournitures de viande jusqu'à la mort de son mari, en « infirmant une sentence du Châtelet qui avait fait droit « sur la demande. »[4]

[1] *Commentar. in antiq. Consuetudin. Parisiens.*, Tit. X, art. CXII-CXIV, n° 3 (édition de 1681, Tome I, p. 872).

[2] ARRÊTÉS, Tit. *De la communauté de biens*, art. 69.

[3] *Traité de la communauté*, Liv, II, Chap. II, Sect. II, n° 6.

[4] *Traité de la communauté*, n° 574.

La jurisprudence[1] et la doctrine moderne[2] ont avec raison admis les mêmes principes.

866. — Une limitation importante doit être apportée au mandat tacite de la femme pour l'administration du ménage, et c'est surtout pour cela que nous avons tenu à faire les citations transcrites au n° précédent : la femme, dit Dumoulin, a le droit d'être habillée « selon sa condition, « *secundum statum ;* » même idée, plus nettement exprimée par le président de Lamoignon, qui reconnaît la validité des obligations de la femme pour choses « *servant à* « *l'usage nécessaire et ordinaire ;* » de même dans Lebrun, qui prévoit aussi que les marchands ont avancé les « *choses* « *nécessaires.* »

Complétons cette doctrine de l'ancien droit par un excellent passage de d'Argentré :

« *Nam et si ex conditione personæ, nihil ultra modum* « *factum mercator causaretur ; tamen nec modi arbitrium* « *in potestate alterius esse debet, quam mariti, si præsens* « *est, nec obsequendum fœminæ alienæ potestati subjectæ,* « *ut maritum inscium, et ex eo nolentem obliget, et oneret* « *rem familiarem sumptibus non necessariis, et fortasse* « *aliunde ingratis. Nam et si elegantes calcei pedem lædunt,* « *nescitur quâ in parte. Quare negotiatoribus prædico ista* « *ne faciant.* »[3]

Ces paroles de d'Argentré expriment avec autant d'exactitude que de finesse les principes de notre matière, aussi bien dans le droit nouveau que dans le droit ancien : le mandat tacite de la femme est limité à l'achat des choses

[1] Rennes, 11 décembre 1813, Sirey, C. N., IV, II, 367; Cassation, 14 février 1826, Sirey, C. N., VIII, I, 277; Douai, 24 décembre 1833, Dalloz, 47, II, 59; Bordeaux, 29 mars 1838, Sirey, 38, II, 389; Poitiers, 17 juin 1862, Dalloz, 64, II, 22.

[2] Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 169; Troplong, II, n°s 839-840; Rodière et Pont, II, n° 972; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 49, p. 340; Laurent, XXII, n°s 105 et suiv.

[3] D'argentré, *Commentar. in patrias Britonum leges*, Art. 424, Glos. 2.

« ordinaires et nécessaires, selon la condition des person-
« nes. » Toutes les fois qu'il s'agira d'un marché dépassant cette mesure, que le marchand n'oublie pas que le mari est le seul maître de la communauté, et que la femme n'a pas le pouvoir de grever la communauté de charges sur lesquelles il n'a pas compté : de telles dépenses de luxe, particulièrement de toilette, ne sont pas seulement onéreuses pour le budget de la communauté, elles peuvent être encore désagréables au mari à d'autres titres, comme ces élégantes chaussures dont parle d'Argentré, qui blessent le pied en quelque endroit caché.

Sans doute, il faudra tenir compte en cette matière de la condition des époux, du milieu dans lequel ils vivent et des exigences sociales de ce milieu ; mais il faudra surtout tenir compte de ce que toute dépense exceptionnelle, *ultrà modum,* ne peut être ordonnée que par le mari, et nous terminerions volontiers, comme d'Argentré, en disant aux marchands : ayez soin de ne pas faire de pareilles opérations, car vous vous exposez à n'être pas payés.[1]

867. — La limite que nous venons de tracer entre les engagements que la femme peut contracter valablement, et ceux que le mari peut annuler, ou tout au moins réduire comme excessifs, est parfois très délicate à déterminer : aussi le mari peut-il, pour se mettre à l'abri de toute réclamation des fournisseurs et se protéger efficacement contre les prodigalités de sa femme, faire aux fournisseurs des défenses *individuelles* de vendre à la femme. De pareilles défenses, qui contiennent révocation du mandat dont la femme est investie, et qui sont connues des tiers, sont valables, et ont pour résultat de frapper de nullité les mar-

[1] Rouen, 27 décembre 1809, Sirey, C. N., III, II, 167 ; Riom, 27 novembre 1846, Sirey, 47, II, 143 ; Poitiers, 17 juin 1862, Dalloz, 64, II, 22. — Rodière et Pont, II, n° 795 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 55, p. 341 ; Colmet de Santerre, VI, n° 63 *bis* III ; Laurent, XXII, n° 108.

chés contractés avec la femme au mépris de ces prohibitions.[1]

Souvent le mari emploie, pour prévenir les fournisseurs, la voie d'un avertissement donné dans les journaux : mais cet avertissement est d'une efficacité très douteuse. En effet, aux termes de l'article 2005, la révocation du mandat ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation : les fournisseurs pourront dire le plus souvent qu'ils n'ont pas connu l'avertissement publié par le mari, et que les marchés qu'ils ont faits dans des limites ordinaires doivent être maintenus.

Toutefois c'est là une question de fait, et, dans une petite ville, où il n'y a qu'un ou deux journaux, et où la renommée se charge, d'ailleurs, de compléter leur publicité, on pourra admettre que l'avertissement par la voie des journaux est suffisant, car il a dû être connu des fournisseurs.[2]

868. — Le mandat tacite que nous venons de reconnaître au profit de la femme, pour les dépenses du ménage, existe non seulement si les époux vivent ensemble, mais aussi s'ils vivent séparés de fait, soit par le résultat d'un mutuel accord,[3] soit parce que le mari a renvoyé sa femme du domicile conjugal,[4] ou qu'il a lui-même abandonné ce domicile.

Dans ces divers cas, le mari, en consentant ou en exigeant que sa femme vive séparée de lui, n'a pu se soustraire à l'obligation qui lui incombe de subvenir à ses besoins ; et le mandat tacite, que nous venons de recon-

[1] Rennes, 11 décembre 1813, Sirey, C. N., IV, II, 367. — Demolombe, *Cours de Code civil*, IV, n° 170 ; Rodière et Pont, II, n° 796 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 56, p. 341.

[2] Marcadé, V, article 1428, II ; Rodière et Pont, II, n° 796 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 57, p. 341.

[3] Cassation, 13 février 1844, Sirey, 44, I, 662 ; Paris, 23 février 1849, Sirey, 49, II, 145, et Dalloz, 49, II, 135. — Rodière et Pont, II, n° 793 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 51, p. 340.

[4] Cassation, 28 décembre 1830, Sirey, 31, I, 11 ; Bordeaux, 8 juin 1839, Sirey, 39, I, 416.

naître au profit de la femme, lui est pour ainsi dire plus nécessaire lorsqu'elle vit seule que lorsqu'elle habite avec le mari.

Aussi n'admettrions-nous pas, comme le fait une opinion,[1] que le mari n'est en pareil cas tenu vis-à-vis des fournisseurs que par l'action *de in rem verso*, dans la mesure où les fournitures par eux faites ont acquitté son obligation. A notre avis, il est tenu du montant intégral des fournitures faites, sauf à demander la nullité ou la réduction du marché en cas d'excès, conformément aux principes que nous venons d'exposer.

869. — Si au contraire c'est la femme qui a abandonné le domicile conjugal, le mandat tacite du mari doit être considéré comme révoqué par le départ de la femme : l'un des moyens précisément que le mari peut prendre, pour contraindre la femme à réintégrer le domicile conjugal, c'est de ne pas lui donner les moyens de vivre au dehors, et il serait déplorable que les fournisseurs pussent, au moyen de l'action qui leur appartiendrait contre le mari, donner à la femme la possibilité de prolonger sa résistance aux obligations que la loi du mariage lui impose.

Tout au plus pourrait-on admettre, au profit du fournisseur de bonne foi, l'action *de in rem verso* contre le mari, dans la mesure où les fournitures faites auraient acquitté sa dette d'aliments, et jusqu'au moment où le fournisseur aurait su que la femme avait abandonné le domicile conjugal malgré le mari.[2]

870. — Une autre hypothèse peut encore se présenter : il y a entre les époux séparation volontaire, ou bien ils plaident en séparation de corps, et le mari sert à la femme

[1] Rennes, 26 août 1820, Sirey, C. N., VI, II, 316. — Laurent, XXII, n° 110.

[2] *Compar.*, Cassation, 12 janvier 1874, Sirey, 74, I, 305, et Dalloz, 74, I, 154. — Marcadé, V, article 1420, II; Rodière et Pont, II, n° 793; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 52; Laurent, XXII, n° 110.

une pension alimentaire appropriée à ses ressources. La femme fait des dépenses et ne paie pas les fournisseurs : ceux-ci ont-ils encore une action directe contre le mari ?

Nous ne le croyons pas : lorsque des fournisseurs traitent avec une femme, ils doivent se renseigner sur sa capacité, et, si elle est femme mariée et qu'elle vive séparée de son mari, ils ne doivent lui vendre à crédit qu'après avoir obtenu des éclaircissements complets sur sa situation.

Nous leur refusons donc toute action directe contre le mari ; bien plus, ils n'auront même pas contre lui l'action *de in rem verso*, le mari ayant lui-même acquitté sa dette d'aliments en payant exactement à sa femme la pension qu'il devait lui faire, soit en vertu de la convention intervenue entre eux, soit en vertu de la décision judiciaire qui a fixé le chiffre de la pension alimentaire due à la femme pendant la durée de l'existence en séparation de corps.[1]

871. — Le mari ne pourrait se décharger des dépenses ordinaires et nécessaires contractées par la femme, en prouvant soit qu'il était absent lors des fournitures à elle faites, soit qu'il lui avait remis l'argent nécessaire pour n'acheter qu'au comptant. Les fournisseurs n'ont à se préoccuper ni de l'absence du mari, ni de ce qu'il a pu remettre de l'argent à sa femme : ce sont des points sur lesquels ils ne peuvent se renseigner, et il leur suffit, pour avoir action contre le mari, qu'ils aient traité, pour des actes ordinaires, avec une femme mariée qui vivait avec son mari, et qui était dès lors réputée mandataire de celui-ci pour ce genre d'actes.[2]

872. — Il résulte des explications que nous venons de

[1] Besançon, 25 juillet 1866, Sirey, 67, II, 48, et Dalloz, 66, II, 149; Paris, 11 mai 1874, Sirey, 74, II, 169.

[2] Paris, 1er mai 1823, Sirey, C. N., VII, II, 205; Bordeaux, 29 mars 1838, Sirey, 38, II, 389. — Glandaz, ENCYCLOP. DU DROIT, Ve *Communauté*, n° 794; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 54, p. 341.

présenter que le mari peut refuser de payer les dettes exagérées que la femme a contractées, sous prétexte de fournitures de toilette ou de ménage : mais s'il a payé sans réclamation, pourra-t-il, lors de la liquidation, répéter contre la femme le montant des dettes excessives qu'il aurait payées ?

Nous ne le croyons pas : la question de savoir si les engagements contractés par la femme sont excessifs est une question délicate, puisqu'elle comporte l'examen de toutes les circonstances de temps et de milieu dans lesquelles la femme a traité ; si le mari paie sans réclamation, nous croyons que tout est fini, et que la question de la légalité de la dette est jugée par le meilleur juge, par le mari lui-même. D'un autre côté, nous n'admettons pas que le mari puisse réclamer de dommages-intérêts contre la femme parce qu'elle a mal administré le ménage dont il lui a laissé la direction : le mari est le chef de la communauté, il était libre d'enlever à la femme une administration dont elle était incapable, et s'il ne l'a pas fait, s'il n'a pas pris de moyens préventifs, il est non recevable à faire retomber sur la femme les conséquences d'une faute dont il est lui-même coupable.[1]

873. — Si le mari a fait prononcer la nullité ou la réduction des engagements contractés par la femme, les fournisseurs qui ont traité avec celle-ci ont-ils action contre elle ?

Nous croyons qu'en principe il faut répondre négativement : la femme a traité au nom du mari chef de la communauté, elle ne s'est pas obligée elle-même, d'après les règles ordinaires du mandat. Il est vrai qu'elle n'a pas obligé non plus le mari, parce qu'elle a dépassé la mesure du mandat dont elle était investie : mais, comme les tiers pouvaient

[1] *Compar.* Besançon, 10 juillet 1866, Sirey, 67, II, 5, et Dalloz, 66, II, 136, et les *notes* qui accompagnent ces arrêts dans les deux recueils.

connaître les limites posées à ce mandat, il s'ensuit qu'ils n'ont pas d'action contre elle, conformément au principe de l'article 1997.

Il n'y aurait exception que si la femme avait personnellement profité de ces obligations annulées ou réduites : alors les créanciers auraient action contre elle dans la limite du profit qu'elle en aurait retiré, suivant les principes généraux de la *versio in rem*. Il suit de là, par exemple, que si les engagements étaient annulés sur la demande du mari comme constituant des dépenses de luxe, tout à fait disproportionnées avec la fortune des époux, les créanciers n'auraient action ni contre le mari ni contre la femme.[1]

874. — Nous avons supposé, jusqu'à présent, que la femme a usé du mandat tacite à elle donné pour faire des achats de linge, de vêtements, de provisions de ménage, d'objets mobiliers, etc..., car c'est habituellement pour des actes de cette nature que la femme peut se dire la mandataire du mari.

Mais les circonstances peuvent faire reconnaître au profit de la femme un mandat plus étendu ; et c'est ainsi que nous avons admis que, par exception, le bail que la femme se serait fait consentir pourrait être déclaré valable, s'il s'agissait, par exemple, au cas de non-présence du mari, de se procurer un logement nécessaire pour elle et les siens.[2]

875. — Nous avons dit que le mari pouvait donner à la femme tel mandat qu'il voulait, comme il pourrait le donner à un tiers.

Il peut lui donner mandat d'administrer tout ou partie des biens de la communauté, ou des biens personnels de la femme : ce n'est point là une dérogation au contrat de

[1] *Compar.* Cassation, 30 novembre 1868, Sirey, 69, I, 219. — Rodière et Pont, II, n° 797 ; Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 58, p. 341-342.

[2] *Voir* notre *Traité du louage*, Tome I, n° 59.

mariage, qui, en contenant adoption du régime de la communauté, a donné au mari, à l'exclusion de la femme, l'administration de la communauté et des biens propres des époux. En effet, la femme administrera non pas en son nom, mais au nom du mari, et en vertu d'un mandat toujours révocable ; de telle sorte que cette gestion, loin d'être en contradiction avec les pouvoirs du mari, en est la confirmation.

Il faudra même admettre, suivant les circonstances, que ce mandat de gérer les affaires de la communauté peut n'être que tacite : c'est ainsi qu'il a été jugé à diverses reprises que si le mari, marchand illettré, était dans l'habitude de laisser sa femme gérer son commerce, et notamment signer pour lui des effets de commerce, les obligations qu'elle contractait ainsi étaient opposables au mari.[1] Cet exemple montre dans quelle large mesure il faut admettre l'idée d'un mandat donné par le mari à la femme : il importe en effet que les tiers ne puissent pas être trompés par des actes que la femme accomplit notoirement au vu et su du mari, et pour le compte de celui-ci.

876. — Lorsque la femme a agi comme mandataire du mari, est-elle vis-à-vis de lui dans la situation d'un mandataire ordinaire, obligée à ce titre de rendre compte de sa gestion, et responsable des fautes qu'elle aurait commises dans les termes de l'article 1997 ?

La femme n'est point, à notre avis, une mandataire ordinaire : elle est en effet soumise à l'autorité maritale, et le mari a le devoir de la protéger contre son inexpérience. Or on ne comprendrait pas que le mari, investi de ce rôle de protection et de tutelle, pût rendre la femme responsable de fautes qu'il devait l'empêcher de commettre.

[1] Bourges, 24 brumaire an IX, Sirey, C. N., I, II, 9; Angers, 27 février 1819, Sirey, C. N., VI, II, 32. — Duranton, XVIII, n° 219; Laurent, XXII, n° 112. — *Compar.*, sur l'étendue du mandat donné par le mari à la femme, Bruxelles, 23 juin 1884, Dalloz, 86, II, 185.

Nous posons donc en principe que la femme n'encourt aucune responsabilité pour l'exécution de ce mandat ; que, loin de là, si elle commet des fautes dans l'administration de ses biens personnels, que son mari lui a confiée, si, par exemple, elle fait de mauvais placements, c'est le mari qui en est responsable vis-à-vis d'elle.

Quant à l'obligation de rendre compte, elle n'en est pas tenue dans le sens propre du mot, comme le serait un mandataire ordinaire, qui est obligé de rendre un compte détaillé avec pièces justificatives. Mais, d'un autre côté, elle ne doit pas s'enrichir aux dépens du mari ou de la communauté : elle devra donc rendre compte au mari de tout ce dont elle aurait profité dans l'exécution de son mandat.[1]

877. — La femme peut agir non seulement comme mandataire de son mari, mais en son nom et comme se portant fort de lui, à titre de gérant d'affaires : l'engagement est nul sans doute si le mari ne le ratifie pas, mais, s'il le ratifie, cet engagement devient valable et obligatoire pour le mari.[2]

878. — En dehors de tout mandat du mari, la femme peut faire, à propos de son patrimoine personnel, les actes conservatoires et urgents que le mari néglige d'accomplir.

C'est ainsi qu'elle pourrait, sans provoquer sa séparation de biens, former une demande en distraction d'immeubles à elle propres, saisis comme appartenant à son mari.[3]

[1] Cassation, 8 février 1853, Sirey, 53, I, 425, et Dalloz, 53, I, 33; Bordeaux, 14 juin 1853, Dalloz, 54, II, 39; Orléans, 30 janvier 1859, Sirey, 59, II, 273, et *note* de Dutruc ; Besançon, 18 novembre 1862, Sirey, 63, II, 107, et Dalloz, 62, II, 212; Cassation, 25 novembre 1868, Dalloz, 69, I, 148 ; Paris, 26 mars 1885, Sirey, 86, II, 53. — Aubry et Rau, V, § 509, texte et note 20, p. 331. — *Compar.* Rodière et Pont, II, n° 791; et Laurent, XXII, n° 102.

[2] Bordeaux, 28 avril 1846, Sirey, 48, II, 239. — Rodière et Pont, II, n° 863.

[3] Colmar, 24 janvier 1832, Sirey, 32, II, 637. — Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 29, p. 350.

C'est ainsi encore qu'elle pourrait soit intervenir dans une instance engagée par le mari à l'occasion de ses propres, soit même intenter une action que le mari néglige d'intenter, après s'y être fait au préalable autoriser par justice. La séparation de biens, qui lui rend l'administration de son patrimoine, pourrait être un remède trop lent, notamment s'il s'agit d'actions possessoires, et on s'accorde à reconnaître que la femme aura le droit d'agir.[1]

[1] Duranton, XIV, n° 317; Rodière et Pont, II, n° 906; Laurent, XXII, n° 175.

SECTION IV

Des récompenses ou indemnités.

879. — L'administration de la communauté, dont nous étudions le fonctionnement, peut donner naissance à diverses causes d'indemnités : il y a en effet trois patrimoines en présence, celui de la communauté, celui du mari, et celui de la femme, et chacun d'eux peut se trouver débiteur ou créancier vis-à-vis de l'un des deux autres.

Tantôt c'est la communauté qui fait des avances au mari ou à la femme : c'est une construction que l'on élève, une servitude que l'on rachète sur le patrimoine de l'un ou de l'autre, et c'est dans la caisse de la communauté que sont pris les fonds nécessaires à ces dépenses ; de ce chef, la communauté va devenir créancière de l'un ou de l'autre des époux.

Tantôt c'est l'un des époux qui vend un de ses propres, qui reçoit une indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou qui concède une servitude sur l'un de ses immeubles : le prix de l'immeuble aliéné ou de la servitude concédée, l'indemnité d'expropriation sont encaissés par la communauté, mais l'époux propriétaire de l'immeuble devient créancier sur la communauté de la somme qu'elle a touchée.

Parfois enfin l'un des époux vend l'un de ses immeubles à l'autre dans les cas prévus par l'article 1595, et devient

créancier de l'excédant du prix sur les causes de la cession, ou bien encore il cède un de ses immeubles en paiement d'une dette propre à son conjoint. A la dissolution de la communauté, cette dette devra être acquittée par l'époux débiteur.

Ces causes de créance réciproques de la communauté et des époux s'appellent « *récompenses* » ou « *indemnités* » : ces deux expressions sont employées comme synonymes dans les articles 1403 et 1406. L'article 1472 leur donne une autre appellation, celle de « *reprises* » : mais cette dernière expression est plus large, et s'applique non seulement aux créances respectives de la communauté et des époux, mais aussi aux biens que l'époux retire en nature au moment de la dissolution de la communauté.[1]

880. — En étudiant la matière des récompenses ou indemnités, nous verrons que la femme y jouit d'avantages exceptionnels, que la loi n'accorde pas au mari : c'est là encore une des conséquences de la situation effacée de la femme pendant la durée de la communauté. Le mari a administré comme il a voulu, il est juste qu'à la dissolution de la communauté le recouvrement des reprises de la femme soit garanti d'une manière toute spéciale.

« Tant que la communauté a subsisté, dit Bourjon à ce « propos, le mari a agi en maître... : la femme n'a été que « la spectatrice, et la spectatrice muette par état de l'ad- « ministration totale de son mari. »[2]

881. — Nous diviserons notre étude sur les récompenses ou indemnités en trois paragraphes :

§ I. — *Des récompenses ou indemnités dues aux époux par la communauté.*

§ II. — *Des récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux.*

[1] *Compar.* Renusson, *Traité de la communauté*, 2e partie, Chap. III, n° 1.

[2] Droit commun de la France, *De la communauté*, 6e partie, Chap. II, Sect. I, nos 6 et 7.

§ III. — *Des récompenses ou indemnités dues par l'un des époux à l'autre.*

§ I.

Des récompenses ou indemnités dues aux époux par la communauté.

882. — Déjà, en étudiant la théorie *Du remploi*, nous avons dit que dans notre ancien droit la vente, et, d'une manière plus générale, l'aliénation du bien de l'un des époux, et l'enrichissement de la communauté qui bénéficiait de ce prix, ne donnaient pas lieu à récompense au profit de l'époux dont le propre était aliéné.[1] On supposait que l'époux, la femme par exemple, n'avait consenti à l'aliénation de son bien propre qu'à raison de son intérêt personnel, et l'on n'accordait aucune récompense à l'époux contre la communauté.

La femme n'avait qu'un moyen d'empêcher que la communauté ne s'enrichît ainsi à ses dépens : c'était de s'opposer à l'aliénation de son fonds, aliénation qui ne pouvait avoir lieu sans son consentement. « Quant à ce qui « concerne la propriété des propres d'elle, disait Loisel, « il faut que tous deux y parlent, selon la coutume de « France. »[2]

883. — Cette législation, dont nous avons fait ressortir les inconvénients,[3] fut modifiée, et on réalisa un premier progrès en permettant aux époux de stipuler dans leur contrat de mariage qu'à défaut de remploi l'époux, dont le propre avait été aliéné, pourrait obtenir récompense du prix contre la communauté.

[1] *Suprà*, Tome II, n° 469.
[2] *Institutes coutumières*, Liv. I, Tit. II, Règle XVII.
[3] *Suprà*, Tome II, n° 469.

Plus tard on alla plus loin encore, et, malgré le silence du contrat de mariage, on admit l'époux à réclamer une indemnité pour le prix de ses propres aliénés : c'est ce qui résultait des articles 232 et 192 des coutumes réformées de Paris et d'Orléans, et cette règle devint si bien le droit commun de la France coutumière que Loisel a pu écrire la sentence suivante : « Dette des propres de la femme aliénés est de communauté. »[1]

De son côté, Pothier s'exprime dans les termes suivants:

« Lorsque, durant la communauté, l'héritage propre de « l'un ou de l'autre des conjoints a été aliéné, et que la « communauté en a reçu le prix ; s'il n'a pas été fait rem- « ploi en autres héritages ou rentes, celui des conjoints « à qui l'héritage ou la rente appartenait est créancier de « la communauté de ce prix. »

Et plus loin :

« Chacun des conjoints est créancier de la communauté « de la reprise, non seulement de son mobilier réalisé par « le contrat de mariage, et du prix de ses propres qui ont « été vendus, et dont le prix a été payé durant la commu- « nauté, mais pareillement de toutes les choses qui, quoi- « que mobilières, sont provenues de ses propres sans en « être des fruits...

« On peut aussi établir pour principe général que cha- « cun des conjoints est, lors de la dissolution de la commu- « nauté, créancier de tout ce dont il a enrichi la commu- « nauté à ses dépens, pendant qu'elle a duré. »[2]

884. — La théorie des reprises ou des récompenses, désormais fondée, reposait sur un double motif.

Le motif principal était dans l'interdiction, prononcée par la plupart des coutumes, contre les donations entre époux pendant le mariage : en décidant que l'époux, dont les biens avaient enrichi la communauté, ne pourrait ré-

[1] *Institutes coutumières*, Liv. I, Tit. II, Règle XVIII.
[2] *Traité de la communauté*, nos 585, 606 et 607.

clamer aucune récompense, on donnait ainsi effet à une donation entre époux, à concurrence de la moitié de la valeur des biens aliénés.

Mais la théorie des récompenses était admise, dans le dernier état de notre ancien droit, même dans les coutumes qui permettaient les avantages entre époux pendant le mariage. Voici quelle était alors la base de la récompense : on pensait qu'il y aurait de l'inconvénient à permettre des avantages qui ne seraient pas l'effet d'une volonté expresse des époux.[1]

885. — Le Code a admis, en cette matière, les mêmes principes que le droit coutumier dans son dernier état : la communauté devra récompense à l'époux toutes les fois qu'elle se sera enrichie à ses dépens.

Le motif de cette disposition dans le Code ne peut être l'interdiction des donations entre époux, donations permises par les articles 1091 et suivants ; et nous croyons qu'il faut en donner le motif que l'on donnait sous les coutumes qui permettaient aux époux de s'avantager. Il n'est pas démontré que l'époux, qui a transformé son patrimoine, ait voulu par là avantager son conjoint : cela suffit pour l'autoriser à reprendre les valeurs à lui propres, dont la communauté a profité.

Ajoutons que la volonté de donner ne se présume pas : lorsque l'époux a transformé des biens qui, d'après le régime matrimonial adopté, devaient lui rester propres, l'on doit supposer qu'il n'a pas entendu apporter de modifications à la loi matrimoniale qu'il a choisie, et qu'il a voulu conserver un droit à la valeur représentative des biens par lui aliénés.

886. — Nous étudierons, sur la matière des récompenses ou indemnités dues aux époux par la communauté, les trois questions suivantes :

[1] Pothier, *Op. et loc. cit.*

I. — *Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense au profit de l'un des époux.*

II. — *Quel est le montant de la récompense, dans les cas où elle est due par la communauté.*

III. — *Nature et effets de l'action en reprise appartenant à l'époux créancier contre la communauté.*

887. — I. *Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense au profit de l'un des époux.* — Les articles 1431, 1433, 1436 et 1438 indiquent diverses hypothèses, dans lesquelles il y a lieu à récompense de la part de la communauté au profit de l'un des époux, mais aucun de ces textes ne formule le principe général de la matière, et ne répond à notre question, dans quels cas la communauté doit-elle récompense aux époux.

La formule donnée par Pothier dans le passage cité plus haut est, selon nous, exacte : chaque époux a droit à la récompense de tout ce dont la communauté s'est enrichie à ses dépens. C'est l'idée qu'exprime l'article 1437, lorsqu'il s'agit des récompenses dues à la communauté par les époux, et la solution doit être la même dans l'hypothèse que nous examinons, celle où la communauté est débitrice.

Deux conditions sont donc à la fois nécessaires et suffisantes pour que la communauté doive une récompense : que l'époux se soit appauvri et que la communauté se soit enrichie ; et le montant de la récompense sera, comme nous le verrons au n° II, égal au profit fait par la communauté.[1]

888. — La première cause de récompenses, dans l'ordre des textes du Code, est celle prévue dans l'article 1431 : toutes les fois que la femme se sera obligée pour la communauté solidairement ou conjointement avec le mari, elle ne sera réputée que caution, et devra être indemnisée

[1] Rodière et Pont, II, n° 933; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 3, p. 352; Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* II; Laurent, XXII, n° 449.

par la communauté de l'engagement qu'elle aura souscrit.[1]

889. — L'article 1433 indique deux autres causes de récompense, l'aliénation d'immeubles propres à l'un des époux, ou le rachat de servitudes existant au profit d'un de leurs immeubles.

Dans ces deux hypothèses, la récompense n'est due, d'après l'article 1433, que si le prix de l'immeuble ou de la servitude a été versé dans la communauté : il est certain, en effet, en principe, que si le prix est encore dû par l'acquéreur, c'est à lui et non à la communauté qui n'en a tiré aucun profit, que l'époux vendeur devra le réclamer.

890. — Par exception, si le prix était dû à la femme, la communauté pourrait être débitrice de ce prix sans l'avoir reçu : c'est en effet au mari, en sa qualité d'administrateur des biens propres de la femme, qu'il incombe de faire payer les débiteurs de celle-ci. S'il ne l'a pas fait, et qu'à la dissolution de la communauté l'acquéreur soit devenu insolvable ou ait disparu, le mari et par suite la communauté sont responsables vis-à-vis de la femme de la perte que cette insolvabilité lui ferait subir.

Nous croyons même que, dans cette hypothèse, la femme n'a aucune preuve à faire pour obtenir de la communauté la récompense du prix de l'immeuble ou de la servitude qu'elle a aliénés : du moment où le prix à elle dû est devenu exigible, la présomption est que le mari, administrateur de la fortune de la femme, a touché le prix.[2]

Ce sera au mari ou à ses héritiers à établir que le prix, quoique exigible, est encore dû par l'acquéreur ; et si le retard apporté dans les poursuites a rendu la créance irrécouvrable, la femme aura droit à récompense contre la communauté, ainsi que nous venons de le dire.

[1] *Suprà*, Tome II, nos 855 et suiv.

[2] Metz, 18 juillet 1820, Sirey, C. N., VI, II, 289. — Ménesson, *Essai sur les récompenses sous le régime de la communauté légale*, p. 11-12.

891. — Nous disons, avec l'article 1433, que la communauté ne doit récompense du prix des immeubles propres ou des servitudes aliénées que si ce prix a été « versé » dans la communauté : mais il faut bien entendre cette expression. Elle ne signifie pas qu'en fait, ce prix a enrichi la communauté, mais qu'en droit il a été mis à la disposition de la communauté et du mari qui en est le chef : une fois ce droit acquis à la communauté, elle devient débitrice du prix, lors même qu'en fait le mari l'aurait immédiatement dissipé. Le prix est devenu une valeur de communauté, et c'est pour le compte de celle-ci que le mari en a disposé.[1]

892. — Si l'immeuble de l'un des époux est vendu non pas moyennant un prix en capital, mais moyennant une rente viagère, la communauté devra-t-elle une récompense ?

Une opinion soutient la négative, principalement par les motifs suivants.

Le droit qui appartient à la communauté sur les immeubles des époux est un droit variable, susceptible de s'accroître ou de diminuer suivant les changements que l'époux, demeuré propriétaire de son patrimoine, peut toujours faire subir aux biens qui le composent.

Il n'y a pas à considérer si le bien, acquis en remplacement de l'ancien, est plus ou moins productif que ce dernier : la communauté jouit du patrimoine comme il est, et elle n'a pas plus à payer de récompense pour l'augmentation des revenus qu'elle n'aurait à en demander, si l'époux aliénait un propre pour le remplacer par un autre d'un moindre produit. Cette théorie n'est pas contestée, lorsqu'il s'agit de l'échange d'un droit perpétuel contre un autre droit perpétuel plus ou moins productif, et elle ne doit pas l'être non plus lorsqu'il s'agit de l'échange d'un droit perpétuel contre un droit temporaire.

[1] Angers, 7 mars, 1845, Sirey, 46, II, 79, et Dalloz, 45, II, 59 ; Cassation, 30 mars 1869, Sirey, 69, I, 198, et Dalloz, 69, I, 236. — Rodière et Pont, II, 936-937 ; Laurent, XXII, n° 456.

En vertu du droit d'usufruit général et indéterminé qui lui appartient, la communauté jouit des biens de l'époux comme ils sont, et comme il plaît à celui-ci de les transformer : et, à la dissolution de la communauté, l'époux ou ses héritiers les reprennent, dans l'état où ils se trouvent.

On ajoute que l'embarras où l'on se trouve, si l'on admet le principe de la récompense, pour en déterminer le chiffre, et les systèmes contradictoires qui sont nés à ce propos démontrent que le principe auquel ils se rattachent est mauvais, et que la vérité est dans le système simple et logique qui exclut toute récompense.[1]

893. — Pour nous, nous croyons tout à fait qu'il est dû récompense par la communauté, qui profite de la rente viagère : le triomphe de cette opinion paraît aujourd'hui définitif en jurisprudence, et nous croyons que tous les principes de la matière conduisent à cette solution.

Nous ferons remarquer, d'abord, que l'opinion que nous défendons était consacrée, dans notre ancien droit, par l'opinion unanime des auteurs : « Lorsque l'un des con-« joints, durant la communauté, dit Pothier, a aliéné son « héritage propre pour une rente viagère, la reprise due à « ce conjoint consiste dans la somme dont les arrérages de « la rente viagère, courus depuis l'aliénation de l'héritage « jusqu'à la dissolution de la communauté, excèdent les « revenus dudit héritage. »[2]

L'idée fondamentale des récompenses est celle-ci : toutes les fois que la communauté a tiré un profit personnel des biens de l'un des époux, elle en doit récompense à cet époux ; et, spécialement, en matière de vente, la commu-

[1] Besançon, 18 février 1853, Sirey, 53, II, 457, et Dalloz, 53, II, 176 ; Nancy, 3 juin 1853, Sirey, 55, II, 253, et Dalloz, 54, II, 10 ; Besançon, 23 novembre 1868, Sirey, 69, II, 173, et Dalloz, 69, II, 17. — Bugnet, sur Pothier, VII, p. 312, note 2 ; Marcadé, V, art. 1436, II; Rodière et Pont, II, n° 945 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 115-116.

[2] *Traité de la communauté*, n° 594. — *Sic* Lebrun, *Traité de la communauté*, Liv. I, Chap. V, Distinct. II, n° 14.

nauté doit récompense lorsque le prix du propre aliéné a été versé dans la communauté.

Or, lorsqu'un immeuble est aliéné moyennant une rente viagère, cette rente représente pour partie la valeur du fonds, et pour partie les fruits de la chose. Si la communauté pouvait toucher cette rente sans récompense, elle s'enrichirait aux dépens de l'époux, de la même manière que si elle profitait du prix d'un immeuble vendu moyennant un capital déterminé.

On objecte que les arrérages des rentes, même viagères, sont classés parmi les fruits civils, et que la communauté doit les acquérir jour par jour, comme les autres fruits civils. Nous répondrons que si ce principe est vrai, ainsi que nous l'avons nous-même reconnu,[1] il doit être limité aux rentes qui appartenaient aux époux lors de la célébration du mariage, ou à celles qui leur échoient pendant le mariage, ainsi qu'il résulte de l'article 1401 : mais, quant aux rentes viagères qui proviennent de l'aliénation d'un propre, il faut voir ce qu'elles représentent. Elles tiennent lieu, pour partie, de la valeur de l'immeuble : cela suffit pour que, dans cette limite, elles donnent naissance à une récompense.

On objecte enfin qu'il est très difficile de déterminer le montant de la récompense : nous examinerons cette question au n° II de ce paragraphe, *Quel est le montant de la récompense dans les cas où elle est due par la communauté.* Mais nous répondons dès à présent que la solution de cette question nous paraît assez facile : la rente viagère représente pour partie la valeur de l'immeuble, pour partie les fruits de la chose ; il sera dû récompense pour le premier de ces deux éléments, pour la portion de la rente viagère qui représente la valeur de l'immeuble.[2]

[1] *Suprà*, Tome I, n° 417.

[2] Douai, 9 mai 1849, Sirey, 50, II, 180, et Dalloz, 52, II, 114; Angers, 12 mai 1852, Sirey, 53, II, 369, et Dalloz, 53, II, 146; Cassation, 1er avril 1868, Sirey, 68, I, 253, et Dalloz, 68, I, 311;

894. — Sera-t-il dû une récompense par la communauté à l'époux dans l'hypothèse inverse, celle de la cession pendant le mariage d'un droit d'usufruit ou d'une rente viagère, appartenant à l'un des époux, moyennant une somme d'argent qui est tombée dans la communauté ?

Il faut, à notre avis, écarter une première hypothèse, dans laquelle nous croyons qu'il y a certainement lieu à récompense par la communauté : c'est l'hypothèse où l'époux usufruitier ou crédirentier survit à la dissolution de la communauté. Nous disons qu'alors l'époux est créancier sur la communauté, à concurrence de la valeur de cette rente. Cette solution est commandée par l'équité, en même temps que par les principes en matière de récompenses : si l'époux survivant n'avait pas aliéné son droit d'usufruit ou sa rente viagère, il les reprendrait à la dissolution de la communauté ; il est juste que la communauté qui en a touché le prix, qui en a bénéficié, lui verse une indemnité égale à la valeur que l'usufruit ou la rente viagère auraient eu à la dissolution de la communauté, si l'époux ne les avait pas aliénés.[1]

895. — Examinons maintenant l'hypothèse plus délicate où la communauté se dissout par la mort de l'époux, usufruitier ou crédirentier : la communauté doit-elle récompense aux héritiers de cet époux ?

L'affirmative est soutenue par une opinion qui compte d'assez nombreux partisans.

C'était l'avis exprimé par Pothier, dans son *Traité de la communauté* :[2]

Lyon, 17 février 1870, Sirey, 70, II, 305 ; Bordeaux, 10 mai 1871, Dalloz, 71, II, 219 ; Cassation, 8 avril 1872, Sirey, 72, I, 224, et Dalloz, 72, I, 108 ; Bordeaux, 17 décembre 1873, Sirey, 74, II, 213, et Dalloz, 74, V, 101 ; Orléans, 27 décembre 1883, *France judiciaire*, 84-85, p. 88. — Glandaz, ENCYCLOPÉDIE DU DROIT, V° *Communauté*, n° 260 ; Troplong, II, n° 1096 ; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 4, p. 352-353 ; Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* XI ; Laurent, XXII, n° 466.

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* VIII.

[2] N° 592.

« Lorsque c'est un droit d'usufruit ou de rente viagère « propre de l'un des conjoints, qui a été vendu durant la « communauté pour le prix d'une certaine somme d'ar- « gent payée comptant, le conjoint ne doit avoir la reprise « de cette somme que sous la déduction de ce dont la com- « munauté aurait profité des revenus de cet usufruit, ou « des arrérages de cette rente, pendant tout le temps couru « depuis la vente jusqu'à la dissolution de la communauté... « *Il n'importe* que la dissolution de la communauté soit « arrivée par le prédécés de celui des conjoints à qui « appartenait l'usufruit ou la rente viagère, ou par celui de « l'autre conjoint. La reprise du prix se règle de cette « manière en l'un et l'autre cas. »

On invoque, à l'appui de cette opinion, les motifs suivants.

En premier lieu, la communauté n'a droit à l'usufruit des biens des époux que dans l'état où se trouvent ces biens, et avec les modifications que l'époux propriétaire peut toujours apporter dans leur nature. Donc, lorsque l'un des époux aliène moyennant un capital déterminé l'usufruit ou la rente viagère qui lui appartient, le droit de la communauté se transforme : au lieu de percevoir les fruits de l'immeuble ou les arrérages de la rente, elle percevra les intérêts du prix de vente, sans pouvoir réclamer aucune compensation à l'époux.

D'un autre côté, la communauté a encaissé le prix de vente de l'usufruit ou de la rente viagère, c'est-à-dire la valeur du propre aliéné : elle doit donc le restituer à l'époux, lors de la dissolution.[1]

Toutefois, les partisans de l'opinion que nous exposons se divisent sur le chiffre de la récompense que l'époux pourra réclamer à la communauté. D'après les uns, la récompense devra être de la totalité du prix reçu par la com-

[1] Trib. de Joigny, 13 février 1868, Sirey, 69, II, 155. — Marcadé, V, article 1436, II ; Glandaz, ENCYCLOPÉDIE DU DROIT, V° *Communauté*, n° 260 ; Troplong, II, n° 1090 ; Rodière et Pont, II, n° 945 ; Ménesson, *Essai sur les récompenses*, p. 28 et suiv.

munauté :[1] pour les autres, on devra déduire de ce prix la portion de revenus ou d'arrérages dont la communauté aurait profité, si la vente n'avait pas lieu.[2]

896. — Tout en reconnaissant que la question est plus difficile que dans l'hypothèse précédente, celle où un immeuble est vendu moyennant une rente viagère, nous croyons qu'il faut refuser à l'époux tout droit à une récompense contre la communauté.

Sans doute, l'une des conditions exigées pour qu'il y ait lieu à récompense est remplie ; la communauté s'enrichit aux dépens d'un propre de l'époux ou du moins elle peut s'enrichir, car il est possible aussi que le prix payé ne soit, en fait, que l'équivalent des arrérages ou des fruits que la communauté aurait touchés, si l'époux usufruitier ou crédirentier meurt à un âge avancé. Mais supposons qu'en fait il y ait enrichissement de la communauté : la seconde condition que nous avons posée pour qu'il y ait lieu à récompense,[3] l'appauvrissement de l'époux, manque. Si l'usufruit ou la rente viagère n'avaient pas été aliénés, ils seraient éteints par la mort de l'époux, et ses héritiers n'auraient rien à prétendre de ce chef : il est donc certain que l'aliénation de ce bien ne les a pas appauvris.

Or l'idée fondamentale des récompenses est d'empêcher des libéralités contraires au contrat de mariage, et dans lesquelles l'intention de donner chez le conjoint, qui a modifié son patrimoine, n'apparaît pas avec assez d'évidence ; mais, si la condition essentielle de toute libéralité, l'appauvrissement de celui qui donne, la diminution de son patrimoine fait défaut, il n'y a pas lieu à récompense. De quoi en effet « récompenser », de quoi « indemniser » les héritiers de l'époux dont le patrimoine n'a éprouvé aucun préjudice ?

C'est ce que Pothier avait très bien expliqué dans un

[1] Rodière et Pont, Marcadé et Ménesson; *Op. et loc citat.*
[2] Pothier, Troplong et Glandaz, *Op. et loc citat.*
[3] *Suprà,* Tome II, n° 887.

autre passage de ses œuvres, dans son *Introduction à la coutume d'Orléans*.[1]

« Lorsque l'un des conjoints a vendu, durant la commu-
« nauté, un droit d'usufruit ou de rente viagère qui lui
« était propre ; si c'est par son prédécès que la commu-
« nauté a été dissoute, ses héritiers ne peuvent préten-
« dre aucun remploi du prix : car, comme en ce cas
« ce droit, s'il n'eût pas été vendu, se serait entièrement
« confondu dans la communauté, sans qu'il en restât rien
« au conjoint lors de la dissolution de la communauté, c'est
« la communauté qui doit seule profiter du prix pour lequel
« il a été vendu. »

Cette solution nous paraît beaucoup plus conforme aux principes en matière de récompense.[2]

897. — La solution que nous venons d'adopter devrait être suivie également, dans l'hypothèse où la rente viagère aliénée par l'époux aurait été constituée sur la tête d'un tiers : si le tiers servit à la dissolution de la communauté, produite par la mort de l'époux titulaire de la rente, il sera dû récompense aux héritiers de celui-ci, mais il ne sera dû aucune récompense, si le tiers meurt avant la dissolution de la communauté.[3]

898. — Que décider dans l'hypothèse où l'un des époux a vendu la nue propriété qui lui appartenait sur un immeuble ? Il est certain, en fait, que cette opération procure, le plus souvent du moins, un avantage à la communauté, qui va jouir immédiatement des intérêts du prix de vente, tandis que la nue propriété ne lui conférait aucun revenu.

Néanmoins nous croyons qu'il ne sera pas dû récompense : l'époux, usant de son droit de propriétaire, a fait une opération aléatoire pour la communauté comme elle

[1] Titre X, Chap. V, n° 106.

[2] Cassation, 10 avril 1855, Sirey, 55, I, 241, et Dalloz, 55, I, 177. — Duranton, XIV, n° 340 ; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 5, p. 353-354 ; Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* VI ; Laurent, XXII, n°s 468-469.

[3] Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.*

l'était pour lui-même. S'il n'avait pas vendu son droit de nue propriété, la communauté pouvait y gagner, si l'usufruitier venait à mourir dans un bref délai, puisqu'alors elle jouissait de tous les revenus du bien soumis à usufruit. Par la vente de la nue propriété, la communauté perçoit immédiatement des intérêts, mais ce sont les intérêts d'un capital réduit, fixé à forfait : comment donc ce forfait, qui peut être avantageux ou désavantageux pour la communauté comme pour l'époux, pourrait-il donner lieu à récompense ?

Tout autre est le caractère de la vente d'une pleine propriété moyennant une rente viagère : il y a alors un enrichissement certain pour la communauté, et par suite il y a lieu à récompense, comme nous croyons l'avoir démontré.[1] Ici au contraire la convention est aléatoire : la communauté a couru la chance de perdre, et cela suffit pour qu'elle ne doive pas de récompense si, en fait, l'opération lui a été profitable.[2]

899. — Il faut placer sur la même ligne que la vente d'immeubles propres à l'époux, ou le rachat de services fonciers dus à l'héritage propre d'un époux, les autres causes d'enrichissement de la communauté aux dépens des propres de l'un des époux.

Ainsi, si une carrière ou une mine est ouverte sur l'immeuble de l'un des époux pendant le mariage, la communauté ne percevra que moyennant récompense les produits de la pierre ou du minerai extraits pendant le mariage.[3]

De même, si l'on abat sur les propres de l'un des époux des gros bois, ou si l'on exploite des bois taillis non mis en

[1] *Suprà*, Tome II, n° 893.

[2] *Voir* les autorités suivantes, dont nous n'acceptons pas les motifs, mais qui adoptent la même solution : Orléans, 27 décembre 1855, Sirey, 56, II, 614, et Dalloz, 57, II, 35. — Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 115-116, note 14.

[3] Aubry et Rau, V, § 511, p. 353.

coupe réglée, les prix de ces ventes feront l'objet d'une récompense, si la communauté les a encaissés.[1]

900. — Si l'un des époux donne en paiement d'une dette de communauté un de ses immeubles, ou un meuble à lui propre, il en aura récompense contre la communauté, à concurrence de la dette payée.

« La communauté, disait Pothier, a profité d'autant par « la libération des dites dettes que lui a procurées l'aliéna- « tion du propre de ce conjoint, qui a été donné en paiement « desdites dettes.[2]

D'une manière plus générale, il sera dû récompense par la communauté, toutes les fois que le propre de l'un des époux aura été employé dans l'intérêt de la communauté, ou qu'elle aura encaissé des deniers propres à l'un des conjoints.[3]

901. — La communauté devra récompense à la femme, si ses immeubles ont été détériorés ou ses biens diminués de valeur par la mauvaise administration du mari : ces actes de mauvaise gestion du mari constituent des dettes de communauté, pour lesquelles la femme doit avoir récompense, ainsi que nous l'avons dit.[4]

Au contraire, le mari ne peut jamais avoir recours contre la communauté, à raison des dégradations ou des pertes provenant de la mauvaise administration de son patrimoine : il en était l'administrateur, et il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de ses fautes ou de sa négligence.[5]

902. — II. *Quel est le montant de la récompense, dans les cas où elle est due par la communauté.* — La fixation du montant de la récompense due par la communauté doit être déterminée, à notre avis, par les deux principes suivants : le premier, que la communauté ne devra jamais une

[1] Lyon, 7 février 1883, Dalloz, 85, II, 74.
[2] *Traité de la communauté*, n° 594.
[3] Aubry et Rau, V, § 511, p. 353.
[4] *Suprà*, Tome II, n°s 776-781.
[5] Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 7, p. 354.

récompense supérieure au montant de son enrichissement ; le second, que la récompense pourra même être inférieure au profit que la communauté a retiré de l'opération, si la somme dépensée par l'époux ou le préjudice éprouvé par lui n'égalent pas la valeur dont la communauté s'est enrichie.

903. — En principe, disons-nous, la communauté doit récompense de ce dont elle s'est enrichie, et elle ne doit rien au-delà : on ne regardera pas ce dont l'époux s'est appauvri, mais ce dont la communauté a profité. En effet, la règle des récompenses a pour but d'empêcher, entre époux, des donations indirectes qui ne sont pas l'œuvre de la volonté libérale du conjoint : celui-ci a voulu transformer son patrimoine, mais non enrichir l'autre époux ; or la libéralité n'existe que dans la mesure de l'enrichissement de la communauté.[1]

L'article 1436 nous fournit une application de ce principe, en décidant que la récompense due à l'époux, qui a vendu un de ses propres, se fera sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné. Si l'époux a fait une mauvaise opération, s'il a vendu son immeuble à un prix inférieur à la valeur réelle, la communauté n'a profité que du prix qu'il a plu à l'époux de fixer, et elle ne peut être tenue au delà : c'était déjà la solution de notre ancien droit,[2] où elle était consacrée, notamment, par l'article 232 de la coutume de Paris.

903 *bis*. — Si la communauté ne doit récompense que jusqu'à concurrence du prix de vente de l'immeuble, elle doit récompense, du moins pour le prix tout entier : non seulement pour le prix principal, mais pour les accessoires de ce prix, pot de vin, épingles, charges appréciables en argent et dont la communauté a profité.[3]

[1] Aubry et Rau, V, § 511, p. 354-355; Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* III ; Laurent, XXII, n° 458.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 586.

[3] Pothier, *Op. citat.*, n°s 587-588.

904. — En vertu du même principe, la récompense est due du montant du prix de vente, lors même que l'immeuble vendu aurait augmenté de valeur pendant le mariage : c'est au moment de l'aliénation que le droit à l'indemnité est fixé pour l'époux vendeur, et l'on n'a pas plus à rechercher quelle était sa valeur au moment du mariage, que l'on ne doit tenir compte des modifications qui ont pu survenir dans sa valeur après l'aliénation. C'est le contrat de vente qui détermine la mesure de l'enrichissement de la communauté et de l'appauvrissement de l'époux.[1]

905. — Si, au lieu de vendre son immeuble, l'époux l'a donné en paiement d'une dette de communauté, le chiffre de la récompense devra être calculé d'après les mêmes principes : il ne sera que du montant de la dette payée, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble donné en paiement. Outre que ces allégations sont souvent d'une justification difficile, fûssent-elles exactes, elles ne devraient pas faire augmenter le montant de la récompense : la communauté n'a tiré profit de la dation en paiement que dans la mesure où sa dette a été acquittée, et l'époux a eu tort de céder son immeuble pour un prix inférieur à sa valeur.[2]

906. — Nous avons dit, en second lieu, que la récompense peut être inférieure au profit que la communauté a retiré de l'opération faite par l'époux : l'époux ne peut être *créancier* de récompenses pour une somme plus forte que celle qu'il a déboursée.

Voici plusieurs applications de ce second principe.

L'époux amortit, avec des deniers à lui propres, une rente dont la communauté était grevée : cette rente était remboursable au denier 22, mais par suite d'un arrangement avec le crédirentier, comme il arrive assez fréquemment, la rente est amortie au denier 20. L'époux n'obtien-

[1] Paris, 22 mars 1834, Sirey, 34, II, 190; Cassation, 9 juin 1836, Sirey, 36, I, 649; Paris, 24 avril 1858, Sirey, 58, II, 477, et Dalloz, 58, II, 159. — Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 8, p. 355.

[2] Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* V; Laurent, XXII, n° 463.

dra de récompense que pour la somme qu'il a payée, bien que la communauté soit libérée d'une dette supérieure.

L'un des époux dégrève un immeuble de communauté d'une servitude que cet immeuble devait supporter, en constituant une servitude sur son immeuble propre : la servitude dont l'immeuble commun était grevée dépréciait ce fonds de 50, la servitude constituée par l'époux en échange ne diminue la valeur de son immeuble propre que de 30, la récompense ne sera que de 30. C'était la solution donnée par Pothier,[1] et elle doit encore être donnée aujourd'hui.[2]

907. — Que décider dans l'hypothèse où il a été ouvert une mine ou une carrière sur le fonds de l'un des époux, pendant le mariage ? L'exploitation de la mine ou de la carrière a pu être plus ou moins lucrative : quel sera le montant de la récompense, si les profits de l'exploitation sont inférieurs au préjudice causé à l'immeuble propre, ou, à l'inverse, si ces profits sont supérieurs au préjudice causé au fonds, ce qui arrivera le plus fréquemment ?

Dans le premier cas, nous croyons que la récompense devra être de toute la valeur du préjudice causé à l'immeuble propre de l'époux, s'il s'agit de la femme : le mari a fait un acte de mauvaise administration en ouvrant la mine ou la carrière dans de telles conditions, et la communauté en est responsable.[3] Mais, s'il s'agit de travaux faits sur le fonds du mari, il devra se borner à une récompense égale aux produits de la mine ou de la carrière : comme nous l'avons dit précédemment, c'est à lui qu'il doit imputer les mauvais résultats de l'opération qu'il lui a plu d'entreprendre sur ses immeubles.

Dans le second cas, nous croyons, malgré le dissentiment de M. Duranton,[4] que la récompense doit être de

[1] *Traité de la communauté*, n° 60.

[2] Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* V; Laurent, XXII, n° 464.

[3] Glandaz, Encyclopéd. du droit, V° *Communauté*, n° 77 ; Ménesson, *Essai sur les récompenses*, p. 136.

[4] XIV, n° 335.

tout le profit que la communauté a retiré de l'exploitation. Que l'on n'objecte pas que l'époux ne s'est appauvri que du chiffre de la détérioration subie par son immeuble : il s'est en réalité appauvri de tout ce dont la communauté s'est enrichie, de tout le produit de la mine. Si la mine n'avait pas été ouverte pendant le mariage, l'époux ou ses héritiers l'auraient exploitée après la dissolution, et auraient réalisé les mêmes profits que la communauté. Le chiffre de l'appauvrissement de l'époux est donc le même que celui de l'enrichissement de la communauté : c'est le produit de l'exploitation, et c'est cette valeur dont la communauté devra récompense.[1]

908. — S'il s'agit de coupes de bois que la communauté aurait eu le droit de faire, mais qui ont été avancées et faites deux ou trois ans avant l'époque fixée pour la coupe, l'indemnité devra être égale au préjudice subi par l'époux à la dissolution de la communauté : on calculera, à ce moment, quel âge aurait eu le bois, si les coupes avaient été faites régulièrement, et on indemnisera l'époux de la différence de valeur entre le bois de l'âge auquel il aurait dû être laissé, et le bois de l'âge auquel il est réellement laissé.[2]

909. — Si l'époux, auquel il est dû une récompense, prétend qu'il y a eu une dissimulation dans l'acte qui le constitue créancier, dans l'acte de vente du fonds ou de rachat de la servitude, par exemple, pourra-t-il faire la preuve de cette dissimulation, et comment pourra-t-il la faire ?

S'il s'agit de la femme, on admet généralement qu'elle pourra faire la preuve de la dissimulation de toute manière, au moyen d'une contre-lettre, ou par témoins ou par présomptions, et cela même si elle a concouru à l'acte contenant dissimulation du prix.[3]

[1] Glandaz, ENCYCLOPÉD. DU DROIT, v° *Communauté*, n° 76; Ménesson, *Essai sur les récompenses*, p. 136; Laurent, XXII, n° 465.

[2] Duranton, XIV, n° 337; Laurent, XXII, n° 465.

[3] Cassation, 14 février 1843, Sirey, 43, I, 193; Besançon, 21 juin

En effet, son concours à l'acte et le consentement qu'elle a donné à la dissimulation qu'elle invoque peuvent s'expliquer, d'abord, par les conseils plus ou moins habiles du mari, qui lui aura persuadé d'agir ainsi, par exemple, pour frauder les droits d'enregistrement, ainsi qu'il arrive trop souvent. En second lieu, la femme se fût-elle rendu compte des dangers que peut présenter pour elle cette dissimulation, elle y aura consenti néanmoins sous l'influence de l'ascendant marital, et à ce double titre il convient de la protéger, en l'autorisant à faire la preuve, par toute voie de droit, des dissimulations qu'elle allègue.

D'ailleurs, en droit, cette dissimulation constitue une fraude aux droits de la femme, et aux termes des articles 1348 et 1353, la règle de l'article 1341, d'après laquelle aucune preuve n'est reçue contre et outre le contenu aux actes, est inapplicable dans tous les cas de fraude et de dol.

910. — La femme pourra-t-elle employer les mêmes modes de preuve, non seulement contre le mari ou ses héritiers, mais aussi contre les créanciers du mari? Pourra-t-elle notamment invoquer contre eux une contre-lettre émanée du mari?

La négative a été fort habilement soutenue par M. Labbé :

« L'article 1321, dit-il, prévoit le cas où, d'un commun « accord entre les parties contractantes, les conditions du « contrat énoncées, en quelque sorte affichées dans l'acte « destiné à être produit, sont entachées de simulation, ne « sont pas conformes à la vérité, et sont contredites par « des documents destinés à rester secrets. Dans cette hy-

1845, Sirey, 46, II, 451, et Dalloz, 51, V, 93 ; Douai, 28 avril 1851, Sirey, 1852, II, 369, et Dalloz, 52, II, 290 ; Cassation, 30 décembre 1857, Sirey, 58, I, 275, et Dalloz, 58, I, 38; Cassation, 18 janvier 1875, Sirey, 76, I, 5, et Dalloz, 76, I, 159. — Troplong, II, n° 1162; Marcadé, V, art. 1436, I; Rodière et Pont, II, n° 941 ; Ménesson, *Essai sur les récompenses*, p. 18-19; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 9, p. 355; Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* IV; Laurent, XXII, n° 461.

« pothèse, il décide que la vérité ne sera pas opposable « aux tiers intéressés à invoquer l'apparence. Cette hy- « pothèse n'est-elle pas la nôtre ? Il nous semble manifeste « que oui. »

On objecte à cette théorie que la dissimulation du prix a été une fraude, et que celui qui a été victime d'une fraude peut chercher à s'y soustraire par tous moyens. Voici la réponse de M. Labbé :

« Ce raisonnement ne nous paraît pas fondé. La dissi- « mulation du prix est une fraude, mais une fraude dirigée « contre le Trésor public et non contre la femme. Le mari « a ménagé à la femme tous moyens d'établir la véritable « importance des prix... Quant à la femme, elle a su que le « prix était mensongèrement diminué dans l'acte ; elle a « cru que ce procédé, qu'une conscience droite réprouve, « était utile et sans danger. Peut-elle se dire victime d'une « fraude et d'un délit ? »

On objecte enfin que la femme n'a pas consenti librement à la dissimulation et à la contre-lettre :

« Voilà, dit M. Labbé, le motif le plus spécieux ; il n'est « pourtant pas, à notre avis, plus irréfutable que les au- « tres..... La femme mariée est incapable de compromettre « sa fortune sans l'autorisation de son mari : mais, avec « l'autorisation du mari qui sauvegarde les intérêts de la « famille et qui maintient l'unité de la société conjugale, la « femme est pleinement capable. Elle n'est, en ce cas, pro- « tégée ni contre son mari à qui elle peut tout sacrifier, ni « contre elle-même : elle s'oblige valablement. Sous un « seul régime elle est atteinte d'une incapacité propre- « ment dite, une incapacité dont elle n'est pas relevée par « l'autorisation de son mari, c'est le régime dotal...

« Quand une femme entend et voit déclarer dans un acte « de vente un prix inférieur à un prix convenu, elle doit « comprendre que cela n'est pas honnête, elle ne peut « croire que cela soit légal. Traiter la femme comme étant « d'une faiblesse d'esprit ou de caractère à ne pas répondre

« de ses actes, ce n'est pas agir selon la vérité des mœurs,
« ce n'est pas, en tous cas, le moyen de lui inspirer plus
« d'énergie et de volonté. La jurisprudence qui constate
« des habitudes pernicieuses ne doit pas y condescendre.
« La fraude à l'égard du Trésor public habitue au men-
« songe : elle doit être énergiquement réprouvée. »[1]

911. — Nous ne pouvons admettre cette théorie.

Certes, nous nous associons pleinement aux idées exprimées par M. Labbé sur le caractère des fraudes à l'égard du Trésor : oui, elles habituent au mensonge et doivent être énergiquement réprouvées. Il faut cependant reconnaître, en fait, que, par une singulière perversion du sens moral, beaucoup de gens, qui seraient incapables d'un acte malhonnête vis-à-vis d'un particulier, n'hésitent pas à frauder les droits de l'Etat. Le législateur a lui-même fait la part de cette fragilité humaine en abrogeant l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII : sous l'empire du Code civil, les contre-lettres qui n'ont d'autre but que de frauder le Trésor sont valables entre les parties. Il existe donc, surtout en faveur de la femme, qui a laissé son mari fixer un prix de vente moins élevé que le prix convenu dans l'acte d'aliénation, des circonstances atténuantes au point de vue moral.

Au point de vue du droit, nous disons que cette dissimulation de prix constitue une fraude vis-à-vis de la femme comme vis-à-vis du Trésor, puisque la femme est privée du moyen régulier qui lui aurait servi à prouver le chiffre de ses reprises, la seule production de l'acte de vente.

On objecte que le mari n'a pas voulu frauder la femme : nous répondons qu'en dissimulant le prix véritable de l'aliénation dans l'acte apparent, il a violé l'article 1436 et fait fraude aux droits de la femme. Il importe peu qu'il ait eu principalement en vue la fraude aux droits du Trésor : il a, du même coup, fraudé les droits de l'un et de l'autre, les droits de la femme et ceux du Trésor public. Cette fraude

[1] *Note* dans Sirey, 1876, I, 5 et suiv.

aux droits de la femme est évidente surtout dans la théorie de M. Labbé, puisque le mari lui aurait enlevé le seul moyen à l'aide duquel elle puisse établir la quotité de ses reprises.

Nous disons enfin que cette solution est commandée par l'état d'infériorité de la femme, qui a pu ne pas être libre de refuser son consentement à la dissimulation de prix. M. Labbé répond que sous le régime de la communauté la femme n'est protégée ni contre son mari, ni contre elle-même : nous croyons au contraire qu'à diverses reprises, au titre de la Communauté, le législateur a édicté des dispositions qui n'ont d'autre but que de protéger la femme contre les abus de l'ascendant marital. Nous nous bornerons à citer l'article 1431, qui transforme en cautionnement l'obligation solidaire contractée par la femme avec le mari : comment expliquer cette disposition, si ce n'est par l'état de dépendance de la femme ?

Aussi croyons-nous qu'il est conforme aux principes en matière de récompenses, à la règle des articles 1348 et 1353 au cas de fraude, et à la protection due à la femme, de l'autoriser à faire la preuve par toute voie de droit de la quotité de ses reprises, aussi bien vis-à-vis des créanciers du mari que vis-à-vis du mari lui-même ou de ses héritiers.[1]

912. — Le mari peut-il être admis, comme la femme, à prouver par témoins ou par présomptions que le prix d'aliénation de ses propres a été supérieur au prix indiqué dans le contrat ?

Ecartons d'abord l'hypothèse où il existe une contre-lettre signée de la femme, et indiquant le chiffre réel de la vente : cette contre-lettre sera certainement opposable à la femme ou à ses héritiers, en vertu de l'article 1321.

Mais, s'il n'y a pas de preuve écrite, le mari pourra-t-il faire la preuve par témoins ou par présomptions du chiffre de ses reprises, malgré la règle de l'article 1341, qui défend de rien prouver outre et contre le contenu à l'acte ?

[1] Cassation, 18 janvier 1875, Sirey, 76, I, 5, et Dalloz, 76, I, 159.

La question est très controversée.

Une première opinion enseigne que le mari pourra faire cette preuve, mais les auteurs qui soutiennent cette opinion ne s'accordent pas sur les motifs à donner pour la défendre.

Pour les uns, l'article 1341 doit être écarté, car il ne s'agit pas de régler les effets de la convention, en ce qui concerne les rapports des parties qui y ont figuré, mais de déterminer le montant de la somme qui est entrée dans la communauté.[1]

Pour les autres, le fait dont le mari demandeur en récompense veut faire la preuve est un fait matériel, dont la preuve peut toujours être administrée par témoins. Le fait juridique, constaté par écrit, c'est la vente : le fait matériel ou pur et simple, dont la preuve par témoins est recevable, c'est le fait du versement d'une certaine somme dans la caisse de la communauté. L'article 1341 ne s'oppose donc pas à l'admission de la preuve offerte par le mari ou ses héritiers.[2]

On ajoute, en faveur de cette théorie, qu'il faut avant tout, en matière de récompenses, maintenir la composition du patrimoine personnel des époux dans les termes où elle est fixée par la loi ; et que toute combinaison, qui permet que l'un de ces patrimoines s'enrichisse aux dépens de l'autre, doit être rejetée.[3]

913. — Nous croyons que cette preuve n'est pas recevable de la part du mari, ni de ses héritiers.

L'article 1341 domine toutes les matières du droit, et il règle aussi bien les rapports pécuniaires des époux que ceux des personnes étrangères l'une à l'autre : les dangers de la preuve testimoniale, que l'article 1341 a voulu éviter, existent aussi bien entre époux qu'entre étrangers.

On objecte qu'il ne s'agit pas de régler les effets de la

[1] Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 9, p. 355-356.
[2] Laurent, XXII, n° 462.
[3] Rodière et Pont, II, n° 461 ; et Pont, *Revue critique*, II, p. 655.

vente de l'immeuble propre entre le vendeur et l'acheteur : c'est vrai, mais il s'agit de savoir quel droit la vente fait naître au profit du mari vis-à-vis de la femme ; c'est toujours l'acte de vente qu'il faut appliquer, la preuve ne peut être faite en dehors de l'acte lui-même.

On objecte encore qu'il ne s'agit que de la preuve d'un fait matériel : mais ce fait prétendu matériel est destiné à produire des conséquences juridiques. La communauté va être constituée débitrice du prix de vente qu'elle a encaissé : c'est donc bien un fait juridique qu'il s'agit d'établir, fait qui pouvait être et qui a été constaté par écrit ; il est donc soumis aux règles des articles 1341 et suivants.

Lorsqu'il s'est agi de la femme, nous avons pu l'exempter des prescriptions de l'article 1341 au moyen des articles 1348 et 1353, parce qu'il s'agissait d'une fraude à ses droits et qu'elle n'avait pas été libre de se procurer la preuve écrite de ses reprises : le mari, au contraire, était libre d'indiquer le chiffre vrai du prix de vente dans l'acte ; il était libre, dans tous les cas, de n'indiquer un chiffre inférieur à la vérité qu'après avoir obtenu de la femme une reconnaissance du prix réel. S'il n'a pris ni l'une ni l'autre de ces précautions, la preuve testimoniale ou par présomptions lui sera interdite, et nous croyons que cette interdiction présente plus d'avantages que d'inconvénients.[1]

914. — Quel sera le montant de la récompense, si l'aliénation du propre de l'époux a eu lieu moyennant une rente viagère ?

Déjà nous avons annoncé quel système nous adoptions sur la fixation de la récompense dans cette hypothèse :[2] la communauté devra indemniser l'époux, à concurrence du profit que la substitution d'une rente viagère à l'immeuble

[1] *Motifs* de Douai, 28 avril 1851, Sirey, 52, II, 369, et Dalloz, 52, II, 290 ; Cassation, 14 mai 1879, Sirey, 80, I, 17, et Dalloz, 79, I, 420. — Massé et Vergé, IV, p. 117; Troplong, II, n° 1162; de Folleville, I, n° 357. — *Compar.* Besançon, 23 novembre 1868, Sirey, 69, II, 173, et Dalloz, 69, II, 17.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 893.

propre lui a procuré. Cette base de la récompense est très juridique : la rente viagère représente, comme nous l'avons dit, pour partie les fruits de l'immeuble aliéné pour la constituer, et pour partie la valeur même de cet immeuble en capital. Pour cette dernière partie, la communauté la touche bien sous forme de rente annuelle, mais elle est la représentation de l'immeuble propre lui-même, et il en est dû récompense.

De là découlent les conséquences suivantes.

Si le propre vendu moyennant une rente viagère ne produisait aucun revenu, comme des dunes ou des landes incultes, ou des objets mobiliers réservés comme propres, une bibliothèque, une collection de tableaux ou de médailles, la récompense serait de toutes les annuités de la rente viagère que la communauté a touchées.

Si l'immeuble aliéné était productif de revenu, la récompense sera de la différence entre les revenus de l'immeuble et les arrérages de la rente viagère touchés par la communauté : c'est cette différence dont la communauté profite, c'est elle aussi dont l'époux s'appauvrit, puisqu'elle représente la valeur en capital de l'immeuble aliéné à fonds perdu.[1]

Ajoutons enfin que si l'époux, sur la tête duquel la rente viagère avait été créé, survit à la dissolution de la communauté, il fera la reprise de la rente en nature, en outre de la récompense que la communauté devra lui payer, et dont nous venons d'indiquer le montant. Il en sera de même si la rente viagère avait été constituée sur la tête d'un tiers, et que ce tiers survive à la dissolution de la communauté.

915. — M. Colmet de Santerre propose un autre système, très ingénieux, pour la fixation de la récompense : il

[1] Douai, 9 mai 1849, Sirey, 50, II, 180, et Dalloz, 52, II, 114; Angers, 12 mai 1852, Sirey, 53, II, 369, et Dalloz, 53, II, 146 ; Cassation, 1er avril 1868, Sirey, 68, I, 253, et Dalloz, 68, I, 311 ; Lyon, 17 février 1870, Sirey, 70, II, 305; Cassation, 8 avril 1872, Sirey, 72, I, 224, et Dalloz, 72, I, 208. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 594; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 11, p. 356 ; Laurent, XXII, n° 467.

admet bien, en principe, que la récompense doit être de la différence entre les revenus de l'immeuble et le montant de la rente viagère. Mais, pour lui, c'est là un maximum, et parfois la communauté paiera moins que ce chiffre. On estimera l'immeuble vendu par l'époux, et si la rente viagère est encore due à la dissolution de la communauté, on déduira de ce chiffre la valeur de la rente au moment de la dissolution de la communauté, d'après l'âge du crédirentier : puis on comparera la valeur du fonds, déduction faite, s'il y a lieu, de la valeur de la rente viagère restant due, avec le montant des différences entre la rente viagère et le revenu de l'immeuble, pendant la durée de la communauté.

La récompense sera de la moindre de ces deux sommes, car, si la communauté a profité de ces différences et qu'elles dépassent la valeur de l'immeuble, l'époux n'a pas pu perdre plus que la valeur de cet immeuble. A l'inverse, si les différences sont moins fortes que la valeur de l'immeuble, l'époux a perdu plus, mais la commune n'a gagné que la différence des revenus par elle encaissés.[1]

Ce système ingénieux doit, à notre avis, être repoussé. L'immeuble propre a été vendu moyennant une rente viagère, et cette rente a été touchée par la communauté. Il ne s'agit pas de savoir ce que l'époux a perdu ou gagné à vendre son immeuble en cette forme, cette première partie de l'opération ne regarde pas la communauté, et par suite ne peut influer sur la fixation de la récompense. Un seul fait est à examiner : la communauté qui ne touchait que les revenus de l'immeuble, a perçu, pendant un temps plus ou moins long, les arrérages de la rente viagère ; elle s'est enrichie de cette différence, et l'époux s'est appauvri de cette différence qui constitue le prix de son immeuble.

On n'a pas à examiner, comme le fait l'opinion que nous combattons, quelle pouvait être la valeur en capital de l'im-

[1] VI, n° 78 *bis* XII.

meuble de l'époux : il l'a aliéné moyennant une rente viagère, et, pour lui comme pour la communauté, la valeur de l'immeuble, c'est la rente viagère, déduction faite de la portion de cette rente représentant les revenus de l'immeuble, revenus auxquels la communauté avait droit.

916. — Une dernière hypothèse nous reste à étudier : quel est le montant de la récompense, lorsque l'époux a aliéné un droit d'usufruit ou une rente viagère qui lui appartenaient ?

Observons que, dans le système que nous avons adopté, la question de récompense ne naîtra que si l'époux usufruitier ou crédirentier survit à la dissolution de la communauté, puisque nous refusons tout droit à une récompense à ses héritiers, lorsque la communauté se dissout par le décès de cet époux.[1]

Une théorie soutient que la communauté devra récompense pour le prix intégral produit par cette vente, sans que l'on doive en déduire la différence annuelle entre les intérêts de ce prix et le produit de la rente viagère ou de l'usufruit.

Le droit de jouissance, dit-on, qui appartient à la communauté sur les biens des époux n'est pas un droit déterminé à tel ou tel immeuble, et dont il lui soit dû garantie : c'est un droit général, indéterminé, qui frappe les immeubles des époux dans l'état où ils se trouvent, et avec les transformations qu'il plaît à ceux-ci de leur faire subir.

Par suite, si un droit temporaire est transformé en un droit perpétuel, si un usufruit ou une rente viagère sont convertis en une pleine propriété, la communauté doit rendre tout le prix de la cession qu'elle a touché, sans en rien déduire pour la différence des revenus qu'elle a perçus.[2]

[1] *Suprà*, Tome II, n° 894.

[2] Paris, 23 novembre 1861, Dalloz, 62, II, 206; Trib. de Joigny, 13 février 1868, Sirey, 69, II, 155. — Proudhon, *Traité de l'usufruit*, Tome V, n° 2672 ; Marcadé, V, article 1436, II ; Rodière et Pont, II, n° 945.

917. — Nous pensons, au contraire, que la récompense du prix de la cession ne sera due que sous la déduction de la différence entre les intérêts annuels du prix, d'un côté, et de l'autre les produits de l'usufruit ou les arrérages de la rente viagère que la communauté aurait touchés, si la vente n'avait pas eu lieu.

C'était l'opinion de Pothier : « Lorsque c'est un droit d'u-
« sufruit ou de rente viagère, propre à l'un des conjoints,
« qui a été vendu durant la communauté pour le prix d'une
« certaine somme d'argent payée comptant, le conjoint ne
« doit avoir la reprise de cette somme que sous la déduc-
« tion de ce dont la communauté aurait profité des reve-
« nus de cet usufruit, ou des arrérages de cette rente, pen-
« dant tout le temps couru depuis la vente qui a été faite,
« jusqu'à celui de la dissolution de la communauté, au delà
« des intérêts de la somme reçue pour ce prix, car la com-
« munauté n'a profité de la somme reçue que sous cette
« déduction. »[1]

Cette solution nous paraît conforme aux principes des récompenses. La récompense est mesurée sur l'enrichissement de la communauté : or, si, d'un côté, la communauté a touché le prix de la cession, de l'autre elle a perdu chaque année la différence entre les intérêts de ce prix et le produit annuel de l'usufruit ou les arrérages de la rente viagère. Il faut donc déduire le chiffre de cette perte du montant du prix de la cession, pour savoir ce dont la communauté s'est enrichie.

On objecte que la communauté n'a de droit que sur le patrimoine de l'époux tel qu'il est, et que, si ce patrimoine est transformé, il n'en est pas dû garantie à la communauté. Cela est vrai, mais du moment où l'on veut faire payer une récompense à la communauté, il faut examiner l'acte qui l'enrichit dans son ensemble, et ne lui faire tenir compte que du profit réel et définitif qu'elle en a retiré.[2]

[1] *Traité de la communauté*, n° 592.

[2] Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 12, p. 356 ; Colmet de Santerre, VI, n°s 78 *bis* VIII et IV ; Laurent, XXI, n° 470.

918. — III. *Nature et effets de l'action en reprise appartenant à l'époux créancier contre la communauté.* — L'action en reprise est, avons-nous dit, l'action qui est donnée à l'époux, à la dissolution de la communauté, pour obtenir le paiement des reprises ou récompenses qui lui sont dues par la communauté.

Nous examinerons, à propos de cette action en reprises, les deux questions suivantes :

A. *Nature de l'action en reprises ;*

B. *Condition et effets de l'exercice de l'action en reprises.*

919. — A. *Nature de l'action en reprises.* — « Sur la « masse des biens, dit l'article 1470, chaque époux ou son « héritier *prélève :* 1° ses biens personnels qui ne sont « point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou « ceux qui ont été acquis en remploi ; 2° le prix de ses im- « meubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et « dont il n'a point été fait remploi ; 3° les indemnités qui « lui sont dues par la communauté. »

L'article 1471 indique ensuite que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari, et l'article 1472 que les prélèvements de la femme s'exercent, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, sur les biens du mari, tandis que les prélèvements du mari ne s'exercent jamais que sur les biens de la communauté.

Peu de textes, dans le Code civil, ont fait naître une controverse aussi vive et qui ait autant préoccupé les esprits que les articles 1470-1473.

A quel titre la femme exerce-t-elle ses prélèvements vis-à-vis des créanciers de la communauté, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y reconce ? Est-ce à titre de copropriétaire ou à titre de créancière ? Viendra-t-elle exercer ses reprises par préférence aux créanciers de la communauté, ou concurremment avec eux, ou même après eux ? Question fameuse, sur laquelle l'accord paraît fait

aujourd'hui, mais qui a soulevé les questions les plus ardentes, et provoqué un véritable tournoi, dans lequel tous les jurisconsultes ont voulu combattre.[1]

Cette première question résolue, il en naît une autre : dans leurs rapports vis-à-vis l'un de l'autre, le droit aux reprises qui appartient aux deux époux s'exerce-t-il à titre de créance, ou en vertu « d'un droit plus fort dans la com- « munauté, » d'un droit de copropriété ? Sur cette seconde question, la controverse subsiste encore, en doctrine et en jurisprudence.

920. — L'importance pratique de la première question, à quel titre la femme exerce-t-elle ses reprises vis-à-vis des créanciers de la communauté, explique la controverse qu'elle a fait naître : si elle les exerce *comme propriétaire*, elle exclura les créanciers de la communauté, tandis que, si elle n'est que *créancière*, elle viendra au marc le franc avec les autres créanciers.

Depuis la rédaction du Code civil jusqu'en 1848 on avait admis sans contestation que la femme n'était qu'une créancière comme une autre ; mais, le 1er août 1848, la Cour de Cassation rendait un premier arrêt, posant le principe « que « la femme et ses héritiers exercent le prélèvement des « reprises à titre de propriété, » et pendant dix ans, jusqu'à l'arrêt rendu en chambres réunies le 16 janvier 1858 (arrêt *Moinet*), ce fut la jurisprudence constante de la Cour de Cassation et d'un certain nombre de cours d'appel.

Combattue par la plupart des cours d'appel et par un très grand nombre de jurisconsultes, cette opinion a été abandonnée en jurisprudence par l'arrêt *Moinet*, et on peut dire aujourd'hui qu'en doctrine comme en jurisprudence le triomphe de l'opinion, qui voit dans le droit de la femme pour l'exercice de ses reprises une créance comme une autre, est définitivement assuré.

[1] *Voir* la bibliographie de cette question dans la *Bibliographie du droit civil*, de M. Dramard, pages 227 et suiv. : l'indication sommaire des auteurs qui ont traité la question et des arrêts qui l'ont jugée y occupe onze colonnes !

Cette controverse célèbre n'a donc plus maintenant qu'un intérêt historique : aussi n'allons-nous pas essayer de reproduire tous les arguments qui ont été donnés de part et d'autre, mais bien nous borner à indiquer les motifs principaux invoqués à l'appui des divers systèmes en présence.

921. — Pour soutenir que les reprises de la femme sont exercées par elle à titre de propriétaire, et qu'elle doit à ce titre être préférée aux créanciers de la communauté, voici comment on raisonne.

On invoque d'abord les termes de l'article 1470 : « Cha- « que époux *prélève.* » Le mot de « prélèvement, » dit-on, éveille l'idée d'un droit plus fort que le droit de créance : prélever, c'est reprendre ce qui nous appartient déjà, ce dont nous sommes propriétaires.

On ajoute que l'argument est d'autant plus décisif que l'article 1470 place sur la même ligne, en se servant des mêmes expressions, le prélèvement par l'époux de ses biens personnels, qui ne sont point entrés en communauté, et le prélèvement de ses reprises sur la communauté ; c'est donc que, dans les deux cas, il agit comme propriétaire.

De plus, l'article 1483 accorde à la femme le privilège de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, c'est-à-dire du profit qu'elle retire de la communauté, de sa part dans les acquêts : ce qui prouve que ses reprises doivent être exercées avant tout, et que les biens sur lesquels elle les exerce sont à l'abri des poursuites des créanciers de la communauté. S'il en était autrement, et si la femme devait subir le concours des créanciers sur les valeurs de la communauté, elle arriverait à payer les dettes de communauté sur ses reprises, malgré l'article 1483, qui déclare qu'elle ne doit payer que sur son émolument.

Les tiers qui ont contracté avec le mari ne peuvent se plaindre de cette situation privilégiée faite à la femme :

ils ont traité sachant que leur débiteur était marié sous le régime de la communauté, ils devaient connaître les conséquences de ce régime, et ils ont à s'imputer de n'avoir pas pris l'obligation personnelle de la femme.

Appliqué d'abord aux reprises de la femme acceptante,[1] ce système des prélèvements exercés à titre de propriétaire finit par être étendu même à la femme renonçante.[2]

On invoquait spécialement, en faveur de celle-ci, l'article 1495, qui lui permet de « *reprendre* » les immeubles à elle appartenant ou ceux acquis en remploi, le prix de ses immeubles aliénés et toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Le parallélisme entre la reprise des biens en nature et celle des récompenses est le même que dans l'article 1471, et l'expression « reprendre » est aussi significative que celle de « prélever » ; on ne reprend que ce dont on est déjà propriétaire.

[1] Cassation, 1er août 1848, Sirey, 48, I, 727, et Dalloz, 48, I, 189; Grenoble, 19 juillet 1851, Sirey, 52, II, 198 ; Paris, 31 décembre 1852, Sirey, 52, II, 536, et Dalloz, 53, II, 59; Cassation, 15 février 1853, Sirey, 53, I, 145, et Dalloz, 53, I, 75; Douai, 8 avril 1854, Sirey, 54, II, 297; Cassation, 11 avril 1854, Sirey, 54, I, 161, et Dalloz, 54, I, 152; Paris, 2 décembre 1854, Sirey, 54, II, 686, et Dalloz, 55, V, 85 ; Cassation, 8 mai 1855, Sirey, 55, I, 530, et Dalloz, 55, I, 171; Angers, 30 mai 1855, Sirey, 55, II, 749 ; Metz, 12 juin 1855, Sirey, 55, II, 321, et Dalloz, 55, II, 280; Paris, 23 août 1855, Sirey, 55, II, 464; Bordeaux, 27 février, 5 mars et 3 juin 1856, Sirey, 56, II, 244, et Dalloz, 56, V, 81 ; Orléans, 24 mai 1854, Sirey, 54, II, 499.

[2] Amiens, 11 juin 1853, Sirey, 53, II, 537 ; Besançon, 20 décembre 1853, Sirey, 54, II, 299; et les arrêts suivants, *cités à la note précédente* : Cassation, 15 février 1853 ; Douai, 8 avril 1854; Cassation, 11 avril 1854 ; Orléans, 24 mai 1854 ; Cassation, 8 mai 1854 ; Angers, 30 mai 1855 ; Metz, 12 juin 1855 ; Bordeaux, 27 février, 5 mars et 3 juin 1856. — Bugnet, sur Pothier, VIII, p. 201; Ménesson, *Essai sur les récompenses*, p. 142 et suiv.; Rodière et Pont, I nos 383 et suiv , et II, n° 1082 ; Marcadé, *Revue critique*, 1852, p. 577; Vavasseur, *Question des reprises de la femme;* ***. *Très humble supplique d'un paysan champenois qui ne veut pas que sa fille paie les dettes de défunt son mari.*

922. — M. Troplong, l'un des défenseurs les plus convaincus de la solution dont nous venons d'exposer les motifs, arrivait à cette solution par une argumentation différente. Pour lui, l'article 1471 devait être écarté du débat ; mais la femme puisait dans l'article 1483 un véritable privilège, lui permettant de primer tous les autres créanciers de la communauté :

« Si l'article 1471, dit-il, était le seul texte dont la « femme pût se prévaloir, rien d'assez précis ne s'y trou- « verait, j'en conviens, pour décider la question en sa « faveur. Cet article s'occupe du partage entre époux, et « des droits respectifs de ces derniers. La preuve qu'à lui « seul il n'élève pas d'obstacle contre les tiers, c'est que le « mari, à qui il est applicable pour l'ordre de la discussion « des biens de la communauté, est toujours tenu *ultrà vi-* « *res* envers les créanciers de la communauté. Il n'empê- « che pas non plus, par la même raison, que la femme qui « n'a pas fait inventaire, et qui par conséquent est tenue « sur ses propres et *ultrà vires*, ne doive compte aux « créanciers de ses prélévements sur la masse des biens « de la communauté ; car, étant tenue sur ses propres, elle « est évidemment tenue sur les biens qui lui ont été don- « nés en paiement de ses propres. Si donc la femme n'avait « pour se défendre contre les créanciers que l'article 1471, « elle devrait succomber.

« Mais ce qui fait sa force, c'est l'article 1483 : c'est la « situation normale qu'elle peut se donner en faisant in- « ventaire ; c'est le privilège exorbitant de n'être tenue « des dettes que sur l'émolument qu'elle retire de la com- « munauté, et non sur ses propres ou ce qui les repré- « sente. Voilà le point décisif de la question qui nous oc- « cupe. »[1]

923. — Ce système ne devait pas réussir : les inconvénients pratiques qu'il présentait, les précédents historiques de la question, et les principes établis par le Code civil con-

[1] III, n° 1637.

couraient en effet pour établir que la femme n'est qu'une créancière comme une autre, lorsqu'elle demande le paiement de ses reprises contre la communauté.

M. Dupin, dans ses remarquables conclusions devant la Cour de Cassation lors de l'affaire *Moinet*, a très bien mis en relief les inconvénients pratiques du système de privilège, inconvénients qui avaient justement ému le monde des affaires, de 1848 à 1858 :

« Jamais nos ancêtres, jamais nos législateurs modernes « n'eurent l'idée déloyale que, sous le régime de la commu- « nauté, la femme, blottie dans un coin de la maison con- « jugale, y guetterait les créanciers de son mari pour de- « venir plus tard la cause de leur ruine, en venant tout-à- « coup, par un retour offensif que rien n'autorise et dont « rien ne les avertit dans la loi, prendre avant eux, par « privilège et à leur exclusion, toutes les valeurs mobi- « lières et les conquêts de la communauté, c'est-à-dire « l'actif même dont le mari se parait vis-à-vis d'eux pour « obtenir leur argent, et qui composaient au dehors l'armure « et l'amorce de son crédit ; car, sous ce régime, on ne « saurait trop le dire, sous ce régime de liberté pour la « femme, la confiance qu'elle a placée dans son mari de- « vient la source et le germe de celle que lui accordent les « tiers, qui, comme elle et après elle, ont suivi la foi de « leur débiteur.

« Ils savaient bien assurément que la femme commune « a une hypothèque légale. Là, ils sont sans excuse s'ils « n'ont pas pris leurs informations, les précautions de « droit. Mais, pour le mobilier, nulle préférence, nul privi- « lège accordé à la femme, nul privilège prévu ou indiqué « par le législateur.

« Vainement dit-on pour rassurer contre les effets de ce « privilège, qu'on revendique pour la femme, que les tiers « exigeront son engagement ! Mais y songe-t-on bien ? « Les notaires y ont déjà répondu : ce sera la guerre dans « le ménage, si la femme résiste : et souvent sa ruine,

« quand elle aura la faiblesse de céder. D'ailleurs, com-
« ment exiger à chaque instant ce concours de la femme
« pour les affaires courantes, les marchés de laboureurs
« et de marchands conclus en foire, en voyage, et pour des
« sommes souvent importantes ? »

Un mot spirituel rapporté dans le recueil de Sirey[1] et attribué à un ancien garde des sceaux, résume d'une façon heureuse les inconvénients si bien décrits par M. Dupin : « Si la nouvelle doctrine prévalait, il ne faudrait plus
« dire les *reprises* de la femme, mais les *surprises* de la
« femme vis-à-vis des tiers. »

Historiquement, il paraît certain que, dans notre ancien droit, jamais la femme commune en biens n'a eu de privilège sur les meubles pour ses reprises.[2]

« Quand la communauté vient à se dissoudre, dit Re-
« nusson, celui au profit duquel la stipulation a été faite,
« ses héritiers ou ayants cause ont droit de prendre sur
« la masse de la communauté les choses mobilières qui ont
« été reçues, qui avaient été stipulées propres : car, tous
« les effets mobiliers ayant été confondus dans la commu-
« nauté, et la communauté en ayant profité, il est vrai de
« dire que ce qui avait été propre est une dette passive de
« la communauté, *qui se considère comme toutes les autres*
« *dettes passives de la communauté et se doit acquitter de*
« *même.* »[3]

Bourjon est encore plus explicite :

« Si tout ce qu'elle (la femme) a tiré de la communauté
« était mobilier, *elle ne pourrait primer les autres créan-*
« *ciers, et elle ne viendrait pour la dépense qu'elle a droit*
« *de faire de son propre fictif qu'à contribution :* un pur

[1] 1858, I, 31, *note.*

[2] *Voir*, pour la démonstration complète de cette proposition, une excellente étude de M. Paul Pont, *Revue critique*, 1874, p. 549 et suiv.

[3] *Traité des propres,* Chap. IV, Sect. IV, n° 2.

« mobilier ne peut se distribuer autrement, qualité qui « l'assujettit nécessairement à cette perte. »[1]

Et plus loin :

« Par le droit civil, la femme, pour la répétition de sa « dot, primait tous les créanciers de son mari, privilège « outré et qui est parmi nous resserré dans ses justes « bornes.... ; parmi nous, *elle n'a pas sur les meubles plus « de droits que les autres créanciers, c'est-à-dire qu'elle y « vient comme eux à contribution ;* ainsi, quant à ce, *nul « privilège*, et il en est de même sur les immeubles ; tel « est le droit commun du pays coutumier, dans lequel, sur « les immeubles, elle n'a que le droit qui résulte de la date « de son hypothèque. »[2]

Etudions maintenant la question d'après les textes et les principes du Code civil.

Nous écartons tout d'abord, sans avoir à la réfuter autrement, l'idée que la femme primerait les créanciers de la communauté par l'exercice d'un *privilège*, qui lui serait conféré pour l'obtention de ses reprises. Cette idée n'avait pas fait fortune, et il ne pouvait en être autrement : le Code civil a consacré tout un titre à la matière *Des privilèges*, et pas un mot n'y éveille, ni de près, ni de loin, la pensée que la femme puisse avoir un privilège pour garantie de ses reprises ; et, comme les privilèges sont de droit étroit et ne peuvent résulter que d'un texte qui les crée, le système du privilège de la femme commune en biens devait échouer.

Mais nous dirons que, de même qu'elle n'a pas de privilège, de même elle n'a aucun droit de copropriété pour l'exercice de ses reprises, et qu'elle n'est à ce point de vue qu'une créancière comme une autre.

Examinons d'abord l'hypothèse de la femme *renonçante*.

Aux termes de l'article 1492, la femme qui renonce

[1] DROIT COMMUN DE LA FRANCE, Titre *De la communauté*, Chap. V, n° 35.

[2] *Op. citat.*, Part. VII, Chap. II, n°s 134-135.

« *perd toute espèce de droit sur les biens de la commu-* « *nauté*, et même sur le mobilier qui y est entré de son « chef. Elle retitre seulement les linges et hardes à son « usage. » Comment donc la femme qui renonce, qui perd par là tout droit sur les biens de communauté, qui devient étrangère à ces biens, pourrait-elle les reprendre comme copropriétaire ?

On objecte que l'article 1493 porte que la femme renonçante a le droit de *reprendre* les immeubles à elle appartenant et les indemnités qui lui sont dues par la communauté ; et que l'expression « reprendre », et le parallélisme établi entre les reprises en nature et les reprises en argent, prouvent que les unes comme les autres sont exercées par la femme à titre de propriétaire.

Nous répondrons que le mot « reprendre » est loin d'avoir cette portée ; il ne signifie qu'une chose, c'est que la femme, au moment où elle devient étrangère à la communauté par sa renonciation, peut du moins réclamer deux catégories de biens, les propres qui lui appartenaient et dont la communauté avait la jouissance, et les indemnités à raison des bénéfices que la communauté a retirés de ses propres. Mais elle reprend ces biens de la manière spéciale à chacun d'eux : elle revendique les biens dont elle n'a pas perdu la propriété, et elle réclame comme créancière les indemnités qui lui sont dues. Rien dans la loi n'autorise à croire que la femme renonçante peut reprendre une indemnité comme propriétaire, ce qui serait une véritable anomalie juridique.

Il en est de même pour la femme *acceptante*.

Lorsque l'un des époux, la femme dans l'hypothèse que nous étudions, se présente à la dissolution de la communauté pour obtenir paiement des reprises qui lui sont dues, son action a pour cause une diminution de son patrimoine, et un enrichissement de la communauté correspondant à cette diminution. Cette cause ne peut, en soi, engendrer qu'une créance et non un droit de propriété sur des objets déterminés.

Les articles 1470 et 1471, desquels on voudrait faire résulter ce prétendu droit de propriété, n'ont qu'un but : régler entre les époux le mode de partage de l'actif de la communauté, ainsi que l'indique la rubrique du paragraphe I, *Du partage de l'actif*. Mais ces textes ne sont nullement dirigés contre les créanciers, dont ils ne supposent pas la présence, et ils ne les excluent point de la communauté, tant que la femme n'aura pas exercé ses prélèvements.

La loi ne s'occupe du concours des créanciers avec la femme qu'au titre *Des privilèges*, et pour donner à la femme une hypothèque légale qui, sur les immeubles, la fait préférer, suivant les cas, aux créanciers du mari : mais, quant aux meubles, le Code ne dit nulle part que la femme pourra l'emporter sur les autres créanciers de la communauté, pas plus à titre de propriétaire qu'à titre de créancière privilégiée.

Quant à l'article 1483, ce texte est complètement étranger aux droits de la femme sur l'actif de la communauté : il décide que la femme, qui a fait faire inventaire, n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, comme l'héritier bénéficiaire n'est tenu des dettes de la succession qu'*intrà vires hereditatis*. Mais c'est là une limite apportée à l'obligation personnelle de la femme vis-à-vis des créanciers, ce n'est point l'établissement d'un droit de préférence pour l'exercice des reprises de la femme, reprises dont l'article 1483 ne s'occupe pas.

Donc, à quelque point de vue qu'on se place, au point de vue des textes du Code ou de leur origine historique, au point de vue de l'utilité pratique ou des principes sur le paiement des créances, il faut reconnaître que la femme, acceptante ou renonçante, ne jouit ni d'un privilège, ni d'un droit de propriété lui permettant de faire payer ses reprises par préférence aux créanciers de la communauté.[1]

[1] Rennes, 17 juin 1853, Sirey, 53, II, 529, et Dalloz, 54, II, 3; Caen, 25 juillet 1853, Sirey, 54, II, 546, et Dalloz, 54, II, 1; Paris,

Ajoutons, en terminant, qu'il y a une hypothèse dans laquelle la jurisprudence a toujours reconnu que la femme n'était qu'une créancière ordinaire pour le paiement de ses reprises : c'est l'hypothèse où la femme exerce ses reprises en présence de la faillite du mari. On a toujours admis, et il était difficile de ne pas admettre, à raison des termes de l'article 560 du Code de commerce, que, pour toutes les reprises de sommes d'argent à elle dues, la femme était soumise à la loi commune qui régit les créanciers de la

13 janvier 1854, Sirey, 54, II, 209, et Dalloz, 54, II, 93; Paris, 6 mai 1854, Sirey, 54, II, 299; Rouen, 22 juillet 1854 (affaire *Moinet*), Sirey, 54, II, 609, et Dalloz, 54, II, 212; Bourges, Ch. réunies, 4 décembre 1854, Sirey, 54, II, 683, et Dalloz, 54, II, 270; Caen, 10 janvier 1855, Sirey, 55, II, 273, et Dalloz, 55, II, 86; Nancy, 25 janvier 1855, Sirey, 55, II, 118, et Dalloz, 55, V, 86; Bourges, 9 mars 1855, Dalloz, 55, II, 86; Dijon, 3 avril 1855, Sirey, 55, II, 209, et Dalloz, 55, V, 86; Paris, Ch. réunies, 4 août 1855 (affaire *Moinet*), Sirey, 55, II, 449, et Dalloz, 55, II, 273; Bourges, 20 août 1855, Dalloz, 56, II, 41; Caen, 8 décembre 1855, Sirey, 56, II, 593, et Dalloz, 56, II, 82; Douai, 21 janvier 1856, Sirey, 56, II, 243; Douai, 14 février 1856, Sirey, 56, I, 243; Paris, 23 février 1856, Sirey, 56, I, 139; Amiens, 6 mars 1856, Sirey, 56, II, 243; Orléans, 19 juin 1856, Sirey, 56, II, 595, et Dalloz, 56, V, 82; Caen, 15 mai 1856, Sirey, 56, II, 597, et Dalloz, 56, V, 82; Lyon, 25 juillet 1856, Sirey, 56, II, 596, et Dalloz, 56, V, 82; Cassation, Ch. réunies, 16 janvier 1858 (affaire *Moinet*), Sirey, 58, I, 9, et Dalloz, 58, I, 5; Cassation, 8 février 1858, Sirey, 58, I, 268, et Dalloz, 58, I, 70; Cassation, 3 août 1858, Sirey, 58, I, 711, et Dalloz, 58, I, 310; Cassation, 24 août 1858, Sirey, 58, I, 717, et Dalloz, 58, I, 350; Cassation, 1er décembre 1858, Sirey, 59, I, 113, et Dalloz, 59, I, 11; Cassation, 15 mars 1859, Sirey, 59, I, 193; Cassation, 23 août 1859, Sirey, 60, I, 39, et Dalloz, 59, I, 350; Angers, 25 avril 1860, Sirey, 60, II, 292; Caen, 27 juin et 19 juillet 1861, Dalloz, 62, II, 140; Orléans, 23 avril 1862, Dalloz, 63, II, 79; Cassation, 13 décembre 1864, Sirey, 65, I, 89, et Dalloz, 70, II, 25; Rouen, 17 juin 1869, Sirey, 71, II, 175; Agen, 23 février 1881, Sirey, 81, II, 149. — Rodière et Pont, II, nos 1083 et suiv.; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 13, p. 357-358; Marcadé, V, article 1471, III; Laurent, XXII, nos 526 et suiv.; Paul Pont, *Revue critique*, 1853, p. 436 et suiv., et 1854, p. 522 et suiv.; Colmet de Santerre, VI, nos 132 *bis* et suiv.; Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, I, p. 401 et suiv.

faillite, le paiement au marc le franc, en monnaie de faillite, sauf l'exercice de son hypothèque légale.[1] Preuve nouvelle du peu de fondement du prétendu droit de copropriété attribué à la femme pour le paiement de ses reprises.

924. — Nous venons d'établir que, pour le paiement de ses reprises, la femme ne pouvait point passer *avant* les autres créanciers de la communauté : mais ne faut-il pas aller plus loin, et décider qu'elle ne devra passer *qu'après* eux ?

Une opinion l'enseigne, du moins lorsqu'il s'agit de la femme acceptante.

Aux termes des articles 1470 et 1471, la femme prélève et emporte en nature les biens de la communauté, tandis que les créanciers ne peuvent jamais être payés qu'en argent sur le prix des biens vendus : il suit de là, dit-on, que la femme et les créanciers ne peuvent être payés en même temps, et comme la femme ne peut pas être payée avant, elle ne sera payée qu'après.

On ajoute qu'il devait en être ainsi : la femme est une copartageante, qui exerce ses reprises sur la communauté comme un cohéritier sur les biens de la succession, lorsque son cohéritier ne fait pas le rapport en nature auquel il est tenu (article 830). Or il n'y a de biens que dettes déduites, et la femme copartageante ne peut toucher aux biens de la communauté, pour exercer ses prélèvements, qu'après le paiement des créanciers de la communauté, de même que le cohéritier, dans l'hypothèse de l'article 830, ne peut exercer ses prélèvements qu'une fois les créanciers héréditaires désintéressés.

Ce système ne présente d'ailleurs aucun inconvénient, dit-on, car la femme peut toujours renoncer à la commu-

[1] Cassation, 24 janvier 1854, Sirey, 54, I, 166, et Dalloz, 54, I, 8; Paris, 8 avril 1854, Sirey, 54, II, 211; Colmar, 13 juillet 1854, Sirey, 54, II, 499; Paris, 23 avril 1864, Sirey, 54, II, 757; Metz, 12 juin 1855, Sirey, 55, II, 464.

nauté, si elle craint qu'il n'y ait pas assez de biens pour la remplir de ses reprises, après que les créanciers de la communauté auraient été payés.

Mais, s'il s'agit de la femme renonçante, cette opinion admet qu'elle viendra concurremment avec les autres créanciers, au marc le franc : elle n'est plus copartageante, il n'y a plus pour elle de prélèvements à exercer ; elle n'est donc plus qu'une créancière du mari, au même titre que ses autres créanciers, et elle doit venir en concurrence avec eux.[1]

925. — Nous croyons qu'il faut repousser cette opinion, par les motifs suivants.

Lorsque la femme acceptante exerce ses prélèvements, sa situation n'est nullement la même que celle de l'héritier qui exerce les prélèvements, conformément à l'article 830. Les prélèvements de la femme s'exercent à titre onéreux : la femme reprend de la communauté, avant le partage, les sommes dont la communauté est débitrice vis-à-vis d'elle, la valeur de ses propres aliénés ou les autres indemnités dont elle peut être créancière. Au contraire, les prélèvements de l'héritier s'exercent à titre gratuit : il ne s'agit pas pour lui de se faire payer d'une dette, mais d'obtenir dans la succession une part égale à celle de ses cohéritiers.

Il est donc juste que, dans ce dernier cas, les prélèvements de l'héritier ne s'exercent qu'après le paiement des créanciers de la succession : ces prélèvements constituent une des opérations du partage de la succession, et on ne partage les biens qu'une fois les dettes déduites.

Au contraire, il serait tout-à-fait injuste que la femme, créancière de la communauté au même titre que les autres créanciers, puisque la communauté détient des valeurs qui lui sont propres, ne pût pas se faire payer concurremment avec les autres créanciers.

[1] Demolombe, *Cours de code civil*, IX, n° 365 *bis* ; de Folleville, I, n°s 492 *bis* et suiv.; Levé, *Revue critique*, 1870, p. 257 et suiv.

Or aucun texte ne sanctionne une règle aussi injuste : les articles 1470 et 1471, que l'on invoque, se bornent à autoriser un mode spécial de paiement pour les reprises de la femme, mais ils n'indiquent nullement ni que ce paiement doit être effectué *avant* celui des autres créanciers, théorie que nous avons combattue en premier lieu, ni qu'il doit être effectué *après*, comme le soutient la théorie que nous combattons en ce moment.

Notre conclusion est donc que la femme, acceptante ou renonçante, créancière à raison de ses reprises au même titre que les autres créanciers de la communauté, ne jouit vis-à-vis d'eux d'aucun droit de préférence, pas plus qu'ils n'en jouissent vis-à-vis d'elle : les uns et les autres seront payés par contribution, sauf, en ce qui concerne la femme, l'application du mode de paiement spécial organisé par les articles 1470 et 1471.

926. — Dans les rapports des époux entre eux, les reprises s'exercent-elles encore à titre de créance, comme elles s'exercent vis-à-vis des tiers ? Ou bien ne s'exercent-elles pas en vertu d'un droit de copropriété dans une masse indivise ?

Cette seconde question ne paraît pas encore aujourd'hui résolue ; et, tout en reconnaissant que la femme n'exerce ses reprises qu'à titre de créancière vis-à-vis des créanciers de la communauté, des auteurs soutiennent et des arrêts jugent que, dans les rapports respectifs des époux, l'exercice des reprises se fait à titre de propriétaire.[1]

La question ne naît pas pour la femme, si elle renonce à la communauté, ou si elle l'accepte, mais que, les biens de la communauté étant insuffisants, elle exerce ses reprises sur les biens du mari : dans ces deux hypothèses il est évident que la femme n'agit que comme créancière. Mais, si la

[1] *Voir* notamment en ce sens, outre des autorités qui seront citées au n° suivant, une très intéressante dissertation de M. Esmein, *Revue critique*, 1877, p. 83 et suiv.

femme accepte la communauté et qu'elle exerce ses reprises sur les biens communs, ou si, après le prélèvement des reprises de la femme, le mari exerce les siennes, les époux agissent-ils comme propriétaires ou comme créanciers ?

L'intérêt pratique de la question est considérable ; il se présente notamment aux deux points de vue suivants.

En premier lieu, si les reprises des époux s'exercent à titre de créance, elles ont un caractère mobilier, lors même que le paiement de cette créance serait effectué en immeubles. Il suit de là que si l'époux créancier de reprises meurt, laissant un légataire des meubles et un légataire des immeubles, ses reprises appartiendront, sauf interprétation contraire de sa volonté, au légataire des meubles : de même si cet époux survit à la dissolution de la communauté, et contracte un second mariage sous le régime de la communauté légale, sa créance de reprises fera partie de l'actif de la seconde communauté.

En second lieu, si la créance de reprises est purement mobilière, elle grèvera également tous les biens de la communauté, meubles et immeubles, sans que l'on ait à examiner si, pour se payer, l'époux créancier a prélevé des meubles ou des immeubles. Il en résulte que si l'époux débiteur a laissé deux successeurs, l'un aux meubles, l'autre aux immeubles, et que l'un d'eux ait payé plus que sa part contributive, il aura un recours contre l'autre successeur, proportionnellement à la valeur de leurs legs. Il en résulte encore que, si le conjoint survivant a été institué contractuellement successeur aux meubles du prédécédé, ce qui arrive assez fréquemment, il pourra faire payer ses propres reprises *pro modo emolumenti* par le successeur aux immeubles de son conjoint.

Les conséquences inverses devraient être admises, si l'on reconnaissait que les reprises s'exercent à titre de propriété : elles constitueraient, au point de vue actif, un droit mobilier ou un droit immobilier, suivant qu'elles seraient exercées sur les meubles ou sur les immeubles ; et, au

point de vue passif, elles constitueraient une dette des meubles ou des immeubles, suivant qu'elles auraient été payées en meubles ou en immeubles, et sans qu'aucun recours fût possible d'une masse contre l'autre.

927. — Pour soutenir que les reprises s'exercent, dans les rapports de l'un des époux vis-à-vis de l'autre, à titre de propriété, on invoque principalement les arguments suivants.

Historiquement, dit-on, cette solution était admise dans le dernier état de notre ancien droit, ou du moins, si elle n'y était pas complètement admise, elle tendait à prévaloir, comme le prouvent notamment les passages suivants de Ferrière et d'Argou :

« Puisque le remploi des propres, dit Ferrière, est une « dette de communauté, il s'ensuit que c'est aux héritiers « des meubles et acquêts à y contribuer, et que l'héritier « des propres n'en est tenu que subsidiairement et en cas « que le fonds de la communauté ne suffise pas pour rem- « placer les propres de la femme. »[1]

« Il faut observer, dit aussi Argou, que les deniers sti- « pulés propres, le remploi des propres aliénés et le pré- « ciput, en cas d'acceptation de la communauté par la « femme ou ses héritiers, se prennent par délibation ou « par détraction sur la masse des biens de la communauté, « avant qu'elle soit partagée. Les héritiers mobiliers du « mari ou de la femme portent en effet toutes ces charges, « parce qu'elles diminuent de plein droit la part qu'elles « ont dans la communauté ; en sorte que les héritiers des « propres ne sont pas tenus d'y contribuer. »[2]

Les textes prouvent, dit-on, que ce système a été adopté par les rédacteurs du Code : le mode d'exercice de l'action, son objet et la qualité de l'époux qui l'intente prouvent que

[1] *Sur la coutume de Paris*, Article CCXXXII.

[2] *Institution au droit français*, Livre III, Chap. IV, pages 46-47 (Edition de 1771).

cet époux agit en vertu d'un droit de propriété et non d'un droit de créance.

Le mode d'exercice de l'action : toute action suppose un débiteur, contre la personne et les biens duquel le créancier peut agir. Or ici, lorsque c'est le mari qui exerce ses reprises, il n'a pas de débiteur du tout, et, lorsque c'est la femme, elle n'a le mari pour débiteur que d'une manière subsidiaire, et seulement en cas d'insuffisance des biens de la communauté.

L'objet de l'action : elle tend au prélèvement, c'est-à-dire à l'attribution en nature de meubles ou d'immeubles, tandis que toute créance tend au paiement d'une somme d'argent, paiement obtenu par voie d'exécution et au moyen de la vente des biens du débiteur.

La qualité de l'époux qui exerce ses reprises : il agit comme copartageant, puisque le prélèvement est une opération du partage, d'où il résulte qu'il est censé avoir toujours été propriétaire des objets qu'il prélève. Il ne peut exercer un pareil droit qu'en qualité de propriétaire.

Cette solution est, dit-on enfin, très désirable. D'un côté, il est conforme à l'intention des parties de ne pas imposer le caractère mobilier à un droit qui peut procurer soit des meubles, soit des immeubles ; de l'autre, en agissant ainsi, par voie de *détraction*, pour le prélèvement des reprises, on simplifie la liquidation et on évite les recours entre les successeurs aux meubles et les successeurs aux immeubles, recours que produit nécessairement le système de répartition de la dette de reprises sur l'ensemble des biens de la communauté.[1]

[1] Cassation, 28 mars 1849, Sirey, 49, I, 353, et Dalloz, 49, I, 97; Caen, 31 décembre 1852, Sirey, 53, II, 344; Cassation, 23 février 1853, Sirey, 53, I, 373, et Dalloz, 53, I, 44; Paris, 31 mars 1853, Sirey, 53, II, 337, et Dalloz, 55, I, 273; Cassation, 30 mai 1854, Sirey, 54, I, 386, et Dalloz, 54, I, 249; Bourges, 20 août 1855, Sirey, 57, II, 266 ; Metz, 10 avril 1862, Sirey, 62, II, 200, et Dalloz, 62, II, 241 ; Agen, 17 avril 1868, Sirey, 68, II, 4. — Demo-

928. — Nous croyons au contraire que l'époux exerce ses reprises à titre de créancier, et non à titre de propriétaire, aussi bien dans ses rapports avec son conjoint ou les héritiers de celui-ci que dans ses rapports avec les créanciers de la communauté.

Nous écartons d'abord l'argument que l'opinion que nous combattons veut tirer des précédents historiques ; et deux citations que nous allons emprunter, l'une à Lebrun, l'autre à Bourjon, vont montrer que, même dans le dernier état du droit, la théorie que nous exposons était accréditée :

« Non seulement, dit Lebrun, l'action de remploi est ré-
« putée mobilière à l'égard de la femme et de ses héritiers,
« parce qu'elle ne s'intente que pour le prix de la vente du
« propre, et que les actions se déterminent par l'objet qu'el-
« les poursuivent... Mais elle est aussi mobilière à l'égard
« du mari et de ses héritiers qui doivent le remploi. »[1]

De son côté, Bourjon s'exprime dans des termes aussi clairs que Lebrun :

« Cette action (l'action de remploi) est mobiliaire : de là
« elle passe à l'héritier mobiliaire du conjoint, auquel elle
« appartenait, si le contraire n'a été stipulé ou que ce con-
« joint ne mourût mineur. »[2]

Si des précédents historiques nous passons aux principes de la matière, nous croyons que les mêmes motifs, qui nous ont permis de démontrer que la femme exerçait ses reprises à titre de créancière et non à titre de propriétaire vis-à-vis des tiers, vont établir que les époux les exercent aussi comme créanciers dans leurs rapports respectifs.

lombe, *Cours de Code civil*, IX, nos 363 et suiv.; Marcadé, V, article 1472, II et III ; Rodière et Pont, I, nos 383 et suiv.; de Folleville, I, nos 484 et suiv.; Esmein, *Op. et loc. citat.*

[1] *Traité de la communauté*, Livre III, Chap. II, Sect. I, Dist. II, no 97.

[2] Droit commun de la France, Titre *de la communauté*, Chap. II, Sect. V, no 72.

Le droit de l'époux, auquel les reprises sont dues, est d'obtenir une indemnité de la communauté, à raison de la valeur de ses propres aliénés ou des autres causes par lesquelles la communauté s'est enrichie à son préjudice. En lui-même, ce droit est incontestablement un droit de créance ; il n'établit aucun lien réel entre l'époux et tel ou tel bien de la communauté, il donne seulement à l'époux un droit de gage général sur les biens de la communauté, sa débitrice.

Mais le législateur a pensé qu'il était plus conforme à l'intérêt des époux, entre lesquels l'actif de la communauté devra être partagé après l'acquittement du passif, de ne pas faire vendre les biens de la communauté pour payer les reprises qui leur sont dues, et de leur donner la faculté de se payer en prenant des meubles ou des immeubles de communauté.

Voilà, à notre avis, toute la théorie du mode de paiement des reprises : c'est une simplification des opérations du partage, une économie pour la communauté et par suite pour les époux qui vont la partager. Mais ce mode de paiement ne change en rien la nature des droits du créancier qui est ainsi payé.

Avec cette théorie très simple, il est facile de répondre aux objections de l'opinion adverse : oui, c'est là un mode spécial de paiement des créances, nous le reconnaissons, mais nous venons d'en indiquer le motif. Il est vrai encore que ces reprises sont dues non par l'un des époux à l'autre, mais par la communauté, c'est-à-dire par la masse des biens mis ou acquis en commun : mais la nature du droit du créancier ne peut pas changer, parce que tels ou tels biens sont affectés au paiement de sa créance. Quant à l'assimilation que l'on veut établir entre ces prélévements et les prélévements des copartageants dans les successions, nous la contestons absolument, nous référant sur ce point aux explications que nous avons présentées à propos de la théorie qui veut que la femme ne soit payée qu'après les

créanciers de la communauté : [1] les prélévements de l'époux, avons-nous dit, s'exerçent à titre onéreux, pour le rembourser de ce qui lui est dû, tandis que les prélévements du cohéritier sont véritablement une opération du partage, n'ayant d'autre but que de maintenir l'égalité entre les cohéritiers.

Quant aux conséquences pratiques de l'opinion que nous adoptons, nous les croyons tout à fait conformes aux principes du droit et à la volonté des parties : nous étudierons ces conséquences dans la seconde partie de ce paragraphe, *Conditions et effets de l'exercice de l'action en reprises.*[2] Mais nous croyons, notamment, qu'il est très logique de réputer mobilière, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif, la créance de reprises, fût-elle payée en immeubles, car le mode de paiement d'une créance ne peut influer sur la nature du droit : la dette est la dette d'une somme d'argent, même si elle est payée en immeubles.[3]

929. — L'action en reprises, avons-nous dit, a un caractère mobilier au respect de tout le monde, entre les époux et dans les rapports des époux avec les tiers : mais si c'est là le caractère naturel de l'action en reprises, il n'y a aucun obstacle juridique à ce que les futurs époux déclarent, dans leur contrat de mariage, que l'action en reprises sera envisagée, entre eux, comme un droit immobilier.

En principe, il est bien vrai que c'est la loi qui détermine les caractères d'après lesquels les biens sont meubles ou immeubles, et la convention des parties ne peut arbitrairement faire d'un meuble un immeuble, ou réciproquement.

[1] *Suprà*, Tome II, n° 925.

[2] *Infrà*, Tome II, n°s 930 et suiv.

[3] Nancy, 16 février 1852, Sirey, 52, II, 545, et Dalloz, 52, II, 275; Paris, 18 août 1859, Sirey, 63, II, 211; Angers, 25 avril 1860, Sirey, 60, II, 292; Caen, 27 juin et 19 juillet 1861, Sirey, 62, II, 68 et 70; Cassation, 2 juin 1862, Sirey, 62, I, 829, et Dalloz, 62, I, 420. — Aubry et Rau, V, § 511, p. 358; Laurent, n° 537.

Mais, si ce principe est absolument vrai à l'égard des tiers, les parties peuvent le modifier dans leurs rapports respectifs, et convenir que tel meuble sera traité par elles comme s'il avait la nature d'immeuble.

En matière de contrat de mariage, ce principe est formellement consacré par les articles 1505 à 1509, qui permettent de *réaliser* les meubles, c'est-à-dire de les traiter *inter partes* comme des immeubles, et par les articles 1505 à 1509, qui donnent la faculté *d'ameublir* les immeubles, c'est-à-dire de les traiter comme des meubles.

Tel est le caractère de la clause du contrat de mariage dans laquelle les futurs époux ont déclaré que l'action en reprises serait assimilée à un droit immobilier ; par rapport aux tiers, elle sera toujours un droit mobilier, mais, dans les rapports des époux et de leurs héritiers, et notamment au point de vue de l'interprétation des donations contenues dans le contrat de mariage, cette action sera envisagée comme étant un immeuble.[1]

930. — B. *Conditions et effets de l'exercice de l'action en reprises.* — Nous venons d'étudier la nature de l'action en reprises, et, dans le système par nous adopté, son caractère est toujours mobilier : qu'il s'agisse des reprises de la femme ou du mari, que l'exercice de ces reprises ait lieu entre les époux, ou vis-à-vis des créanciers et des tiers, le droit mis en mouvement est toujours un droit de créance.

Nous avons maintenant à examiner les conséquences de cette nature juridique du droit aux reprises, et, pour le faire, nous avons deux questions à résoudre :

α. — *Quelles sont les conditions d'exercice de l'action en reprises ;*

β. — *Quels sont les effets de cette action.*

931. — α. *Quelles sont les conditions d'exercice de l'action en reprises.* — Deux conditions sont requises pour que

[1] Cassation, 14 novembre 1871, Sirey, 71, I, 217, et Dalloz, 71, I, 345.

l'un des époux puisse réclamer des reprises contre la communauté ; la première, que la communauté soit dissoute ; la seconde, qu'il fasse la preuve de la créance dont il entend exercer le prélévement contre la communauté.

Nous disons, en premier lieu, que la communauté doit être dissoute pour que chacun des époux puisse réclamer le paiement de ses reprises.

C'est ce qui résulte, d'abord, de la place occupée par les articles 1470, 1472 et 1493, placés, les premiers, dans la section V, *Du partage de la communauté après l'acceptation*, et l'article 1493, dans la section VI, *De la renonciation à la communauté et de ses effets.*

C'est, en outre, ce qui résulte du caractère même de l'action en reprises : au moment où la communauté se dissout, où le mari chef de la communauté va rendre le compte de l'administration qu'il a eue des biens de la communauté et des biens de la femme, en même temps que des siens propres, on fait le compte respectif, la liquidation des trois patrimoines, du mari, de la femme et de la communauté. Les reprises de la communauté constituent un des éléments de cette liquidation, une dette du mari ou de la femme vis-à-vis de la communauté.

Avant la dissolution de la communauté, l'action en reprises serait prématurée, car la créance du mari ou de la femme pourra, au jour de la dissolution, se trouver compensée par les sommes que la communauté aurait ensuite déboursées dans l'intérêt du patrimoine de l'un ou de l'autre époux.[1]

932. — Toutefois, pendant la communauté, la femme peut prendre certaines mesures préventives qui ne sont pas l'exercice des reprises, mais qui ont pour but d'en assurer le recouvrement au jour où la communauté viendra à se dissoudre.

C'est ainsi que nous avons reconnu au profit de la femme

[1] Aubry et Rau, V, § 54, p. 360.

le droit de demander, pendant le mariage, le remploi de ses propres aliénés, si le contrat de mariage porte que le mari devra effectuer le remploi dans un délai déterminé : [1] cette action en remploi a pour résultat d'assurer à la femme le recouvrement du prix de ses propres, comme le ferait une action en reprises intentée pendant le mariage.

De même si, pendant le mariage, un ordre s'ouvre sur les biens du mari, la femme peut se faire colloquer provisoirement sur ses biens, au rang de son hypothèque légale, sans pour cela demander sa séparation de biens. Mais la collocation qu'elle obtiendra ainsi ne sera que *provisoire;* la femme ne touchera les capitaux pour lesquels elle aura été colloquée qu'à la dissolution de la communauté ; [2] ou, si elle les touche immédiatement, ce sera à la charge de donner caution, pour le cas où, lors de la dissolution de la communauté, elle ne se trouverait pas définitivement créancière. [3]

933. — La seconde condition requise pour que des récompenses puissent être exigées par l'époux demandeur ou par ses héritiers, c'est qu'ils fassent la preuve des causes d'indemnité qu'ils allèguent contre la communauté ; c'est l'application de la règle générale de l'article 1315, d'après laquelle le fardeau de la preuve incombe au demandeur, et il résulte de l'article 1433 que cette règle doit être appliquée à la demande de récompenses, puisque la communauté n'est débitrice, au cas d'aliénation d'un propre, que si le prix lui en a été versé.

Mais, si l'obligation de la preuve incombe aux deux époux, elle est plus ou moins rigoureuse, ainsi que nous allons l'indiquer, suivant que la demande de récompenses émane du mari ou de ses héritiers, d'une part, ou de la femme ou de ses héritiers, de l'autre.

[1] *Suprà,* Tome II, n° 502.

[2] Toulouse, 30 juin 1858, Sirey, 59, II, 474, et Dalloz, 59, V, 77.

[3] Besançon, 20 novembre 1852, Sirey, 53, II, 127, et Dalloz, 53, I, 109.

934. — Si la demande de reprises est formée par le mari ou par ses héritiers, ils doivent prouver, d'une manière positive, que la communauté a reçu la somme pour laquelle ils réclament une récompense.[1]

Mais si le principe est incontesté, il faut en bien préciser l'application, ce qui n'est pas sans quelque difficulté.

Il est certain que si le mari se borne à prouver, par exemple, qu'il a vendu un immeuble à lui propre, sans rapporter la preuve que le prix de cet immeuble a été versé par l'acquéreur pendant la communauté, la demande de récompense devra être repoussée ; il ne prouve pas, comme l'exige l'article 1432, que le prix a été « *versé* » dans la communauté.[2]

Si le mari prouve que le prix a été versé dans la communauté, devra-t-il prouver en outre que le prix a réellement profité à la communauté ? Nous ne le croyons pas : du moment où le prix a été versé par l'acheteur et reçu par le mari, la présomption est que la communauté, dont le mari est le chef, en a profité, et ce serait à la femme ou à ses héritiers à prouver que le prix a été employé par le mari à son profit personnel. C'est ce qui nous paraît résulter de l'article 1433, qui exige bien la preuve que le prix a été « *versé* » dans la communauté, mais non qu'elle en ait « *profité.* »[3]

935. — Si la demande de récompenses est formée par la femme ou par ses héritiers, nous disons que la preuve à leur charge est moins rigoureuse.

M. Laurent conteste cette proposition :

« En droit, il n'y a pas de raison, dit-il, de faire une « différence entre la femme demanderesse et le mari de-

[1] Cassation, 13 août 1832, Sirey, 32, I, 641. — Troplong, II, n° 1096 ; Rodière et Pont, II, n° 939; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 19, p. 360; Laurent, XXII, n° 457.

[2] *Arrêt précité* de Cassation du 13 août 1832.

[3] Cassation, 9 avril 1872, Sirey, 72, I, 178, et Dalloz, 73, I, 28. — *Compar.* Angers, 7 mars 1845, Sirey, 46, II, 79.

« mandeur. Est-ce que, par hasard, la femme ne serait « pas soumise à la règle de l'article 1315? Et si elle y est « soumise, de quel droit la dispenserait-on de l'obligation « qui lui incombe de prouver le fondement de sa de- « mande? Cependant on le fait. Les auteurs enseignent « que le mari est administrateur personnel des biens de la « femme ; ils en concluent qu'il est *présumé* avoir reçu le « paiement du prix, si le prix était exigible, et, par suite, « ils rejettent sur le mari défendeur la preuve que le prix « a été touché par la femme ou qu'il est encore dû par « l'acquéreur. Nous n'hésitons pas à dire qu'il y a erreur « et confusion dans l'opinion générale. On admet une pré- « somption qu'aucune loi n'établit : c'est violer l'article « 1350. Par suite, on dispense le demandeur de faire la « preuve de sa demande : c'est violer l'article 1315. Voilà « l'erreur, on ne saurait la contester, puisque les principes « sont incontestables. Nous disons qu'il y a confusion. « Payer au mari, c'est payer à la communauté, dit Trop- « long. Non, le mari ne reçoit pas comme chef de la com- « munauté ; il reçoit comme administrateur des biens de sa « femme, et ce qu'il reçoit comme administrateur n'est pas « versé nécessairement dans la communauté ; donc on ac- « cumule des présomptions que la loi ignore, et l'on con- « fond ce que le mari fait comme administrateur des biens « de la femme, et ce qu'il fait comme seigneur et maître de « la communauté. Que l'on ne nous objecte pas des pro- « babilités ; quelque fortes qu'elles soient, les probabilités « ne deviennent une présomption que par la puissance de « la loi ; l'interprète ne peut pas donner à des probabilités « de fait la force d'une présomption légale. »[1]

936. — Il est facile de démontrer, croyons-nous, que l'opinion accréditée, à laquelle nous nous rallions tout à fait, ne commet ni erreur ni confusion, en décidant que la preuve mise à la charge de la femme ou de ses héritiers est moins rigoureuse que celle imposée au mari.

[1] XXII, n° 457.

Il est certain que la femme ou ses héritiers doivent faire la preuve qu'un capital appartenant à la femme a été à la disposition de la communauté : l'article 1315 et l'article 1433, qui n'en est qu'une application, sont écrits pour les deux époux.

Mais faut-il pour cela que la femme prouve que le prix a été réellement versé dans la communauté, ou ne suffit-il pas qu'elle prouve que le mari a pu et dû l'y faire entrer? Toute la question est là, et nous croyons que pour la résoudre, le système que nous combattons néglige un élément important, le rôle du mari : le mari est l'administrateur des propres de la femme, et il est obligé à ce titre à faire payer la créance de la femme, lorsque l'exigibilité est arrivée. Il a dans la main les titres qui permettent d'en poursuivre le recouvrement: lui seul peut savoir, à la dissolution de la communauté, s'il a touché ou non ces créances. La présomption est qu'il a agi en bon administrateur, qu'il les a touchées : dans tous les cas elles ont été à sa disposition, et il doit rendre compte de l'usage qu'il en a fait.

Or le mari a en lui deux qualités inséparables : il est, en même temps que l'administrateur des propres de la femme, le chef de la communauté, et ce qui est à sa disposition comme administrateur est à sa disposition comme chef de la communauté. Il suit de là que, si la femme ou ses héritiers prouvent que pendant la durée de la communauté une valeur propre à la femme a été à la disposition du mari, ils font la seule preuve que l'article 1433 leur impose, et la seule qu'ils puissent faire.

C'est au mari à faire la preuve contraire, et à établir qu'il a manqué à ses devoirs d'administrateur, en négligeant de faire payer une créance de la femme devenue exigible.[1]

[1] Glandaz, ENCYCLOPÉD. DU DROIT, V° *Communauté*, n° 225; Troplong, II, n° 1096; Rodière et Pont, II, n° 939; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 20, p. 360-361.

937. — La femme ou ses héritiers peuvent invoquer, comme preuve des récompenses auxquelles ils prétendent, des reconnaissances sous signature privée, émanées du mari, des déclarations qu'il aurait insérées dans son testament, et qui constateraient que la femme a droit à telle ou telle reprise.[1]

A l'inverse, le mari pourrait se prévaloir, contre la femme ou ses héritiers, d'écrits sous signature privée dans lesquels la femme aurait reconnu le droit de son mari de réclamer une récompense. De pareils actes sont fréquents : ils ont pour but de remplacer la preuve que les époux ne veulent pas donner par un acte ostensible. Tantôt, c'est une portion du prix du propre de l'un des époux qui a été dissimulée dans l'acte de vente, et qui est ainsi constatée ; tantôt, c'est une succession mobilière qui lui est échue, et dont aucun acte apparent n'indique le montant. Dans ces divers cas, la reconnaissance passée par l'un des époux constituera une preuve régulière, au profit de son conjoint ou des héritiers de celui-ci.

La reconnaissance sous signature privée dont nous venons de parler est opposable, à notre avis, non seulement à l'époux débiteur ou à ses héritiers, mais aussi aux tiers, notamment aux créanciers de la communauté. En exigeant que l'époux fasse la preuve de l'existence des reprises qu'il réclame, l'article 1433 n'impose à cet époux aucun mode de preuve : l'aveu sous seing privé du débiteur fait foi vis-à-vis de ses créanciers, en thèse générale ; il en sera ainsi en matière de reprises, sauf le cas de reconnaissance frauduleuse, où les créanciers pourraient faire annuler la reconnaissance, par application de l'article 1167.

938. — Il arrive assez souvent que, lorsqu'il s'agit des apports en mariage de la femme, le contrat de mariage des époux porte que la célébration du mariage civil vaudra quittance à la femme ou aux personnes qui ont constitué la dot.

[1] Agen, 22 juin 1833, Sirey, 1835, II, 143.

En présence d'une clause pareille, la femme ou ses héritiers n'ont aucune preuve à faire, pour réclamer de la communauté le montant de la dot portée au contrat. Ce contrat, joint à l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, équivaut à une quittance donnée par le mari, et fait preuve complète au profit de la femme ou de ses héritiers.[1]

Il faut même décider que cette preuve constitue la preuve authentique, exigée par l'article 563 du Code de commerce, pour que la femme du failli puisse exercer son hypothèque légale à raison des reprises qui lui appartiennent. En effet, les deux titres dont la réunion constitue la preuve de l'apport, le contrat de mariage et l'acte de célébration du mariage, sont tous les deux des actes authentiques.[2]

939. — La clause qui porte que la célébration du mariage civil vaudra quittance ne fait pas obstacle à ce que la femme ou la constituante reconnaissent, par acte séparé, que la dot n'a pas été payée et qu'elle continue toujours d'être due au mari. Cette reconnaissance ne peut être annulée comme apportant aux conventions matrimoniales une modification prohibée par l'article 1395 : en effet, le contrat de mariage n'indique pas que le paiement a été fait, et il peut arriver telle circonstance qui mette le constituant dans l'impossibilité de payer la dot avant la célébration du mariage.

Il faudrait donc tenir pour valable cette déclaration de la femme ou du constituant ; et elle aurait pour résultat d'obliger la femme ou ses héritiers, à la dissolution de la communauté, de rapporter d'une autre manière la preuve du paiement de la dot.[3]

Observons enfin que, si le contrat de mariage porte que les apports de la femme ne seront livrés au mari qu'après

[1] Caen, 3 mai 1845, Sirey, 45, II, 536; Dijon, 7 mai 1862, Sirey, 63, II, 34, et Dalloz, 63, II, 174.

[2] Cassation, 22 février 1860, Sirey, 60, I, 433.

[3] Bordeaux, 29 mars 1851, Sirey, 51, II, 519.

la célébration du mariage et sur sa quittance, cette quittance est indispensable pour permettre à la femme ou à ses héritiers d'exercer une reprise de ce chef.[1]

940. — β. *Effets de l'action en reprises.* — Lorsque l'existence de reprises en argent a été judiciairement constatée, ou volontairement reconnue au profit de l'un des époux contre la communauté, comment ces reprises vont-elles s'exercer? C'est la question qui nous reste à résoudre.

L'article 1470 porte que chaque époux prélève : ... « 2° le « prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la « communauté et dont il n'a point été fait remploi ; 3° les « indemnités qui lui sont dues par la communauté. »

Cette formule de l'article est mauvaise : le prix des immeubles aliénés ne constitue que l'une des indemnités que chaque époux peut prélever, de telle sorte que, pour être correcte, la rédaction de notre article eût dû être ainsi libellée : « chaque époux prélève les indemnités qui lui « sont dues par la communauté, et notamment le prix de « ses immeubles aliénés. »

Ces prélèvements s'exercent, d'après l'article 1471, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté.

941. — Pourquoi les prélèvements s'exercent-ils dans l'ordre indiqué par l'article 1471, d'abord sur l'argent comptant, puis sur les meubles, et enfin sur les immeubles? Cet ordre dans l'exercice des prélèvements est emprunté à Pothier,[2] et il est facile de le justifier. S'il y a de l'argent comptant, c'est en argent que les reprises seront payées : rien de plus naturel, puisqu'il s'agit du paiement d'une créance, et que, cessant la disposition exceptionnelle de l'article 1471, c'est en argent qu'elle devrait être payée. A défaut d'argent, le paiement s'effectuera en meubles : dans la pensée des rédacteurs du Code, les im-

[1] Caen, 3 mai 1845, Sirey, 45, II, 536.
[2] *Traité de la communauté*, n° 701.

meubles constituent les biens par excellence ; il est donc juste de les distribuer aussi également que possible entre les deux époux, lors du partage de la communauté, et pour cela de faire porter d'abord les prélèvements sur les meubles.[1]

942. — Si l'époux survivant n'avait pas fait dresser d'inventaire du mobilier de communauté, et que par suite la constatation de ce mobilier fût, lors du décès de l'époux survivant et à raison du long temps écoulé, impossible au moment de la liquidation de la communauté, les héritiers de l'époux prédécédé pourraient exercer immédiatement leurs prélèvements sur les immeubles. En effet, l'article 1471, en décidant que les prélèvements s'exerceront d'abord sur les meubles, suppose que la constatation de ces meubles est possible : si l'on ne peut justifier de leur existence, c'est comme s'il n'y avait pas de meubles du tout dans la communauté, et c'est par application de l'article 1471 que les héritiers du prédécédé pourront prélever des immeubles.[2]

943. — L'article 1471, en traçant l'ordre que nous venons d'indiquer dans les prélèvements, ne s'occupe *in terminis* que des prélèvements de la femme ; et il ajoute que si ces prélèvements doivent s'exercer sur les immeubles, le *choix* des immeubles est déféré à la femme ou à ses héritiers.

De là sont nées deux questions : d'abord, le mari peut-il se faire payer de ses reprises par voie de prélèvement, conformément à l'article 1471, ou doit-il se faire payer en argent ? En second lieu, si l'on admet que les reprises du mari doivent être payées par voie de prélèvement, le choix des immeubles appartiendra-t-il au mari créancier ou à ses héritiers ?

Sur la première question, celle de l'exercice des prélè-

[1] Laurent, XXII, n° 504.

[2] Cassation, 1er décembre 1852, Sirey, 53, I, 166, et Dalloz, 52, I, 122. — Rodière et Pont, II, n° 1077; Laurent, XXII, n° 510.

vements en nature, on admet généralement que ce droit appartiendra au mari aussi bien qu'à la femme. Il est vrai que l'article 1471 ne parle que de la femme, mais ce texte doit être rapproché des articles 1470 et 1472, qui forment, avec l'article 1471, la théorie complète des prélèvements : or les articles 1470 et 1472 consacrent, pour le mari ou ses héritiers, comme pour la femme, le droit d'exercer des *prélèvements*, et, comme aucun autre texte que l'article 1471 n'indique l'ordre dans lequel ils doivent s'exercer, il s'ensuit que l'article 1471 est applicable, au moins par analogie.

M. Colmet de Santerre combat de la façon suivante cette interprétation :

« Ce raisonnement, dit-il, nous paraît absolument contraire aux principes d'une saine interprétation. En effet, « l'article 1471 établissant une règle très exceptionnelle, « en vertu de laquelle un créancier s'approprie en nature « les biens de son débiteur, le silence de la loi, dans une « hypothèse, quelque rapprochée qu'elle soit de celle qui a « été prévue, doit être compris dans le sens du maintien « des principes généraux, et non pas comme manifestant « la pensée d'étendre une disposition exorbitante. C'est « une erreur de dire que la loi n'a pas donné de règle sur « l'exercice des créances du mari, parce qu'il existe la « règle générale sur l'exercice des droits d'un créancier « quelconque contre son débiteur. »[1]

L'objection ne nous paraît pas fondée : les articles 1470 et 1472 déclarent expressément que le mari exerce des « prélèvements » pour le paiement de ses créances, cela suffit pour établir qu'il n'est pas soumis à la loi de l'exécution forcée, qui est la loi commune des créanciers. Les articles 1470 et 1472 ne peuvent avoir pour but d'établir le droit du mari d'exercer ses reprises, car ce droit est consacré par l'article 1433 : il ne s'agit donc que de savoir com-

[1] VI, n° 132 *bis* I.

ment ses reprises seront payées. Le prélèvement indique que le paiement se fait en nature, pour le mari comme pour la femme : il se fera donc pour les deux dans l'ordre prescrit par l'article 1471.[1]

944. — Si l'on admet, comme nous venons de le faire, que le mari peut exercer ses prélèvements en nature, dans l'ordre indiqué par l'article 1471, et si les meubles ne suffisent pas pour remplir le mari de ses reprises, celui-ci aura-t-il le choix des immeubles ?

Non, d'après une première théorie. Ce choix des immeubles constitue, dit-on, un véritable privilège, et comme l'article 1471 ne le donne qu'à « la femme et à ses « héritiers, » il n'est pas possible de l'accorder au mari ou à ses héritiers. On ajoute que les motifs ne sont pas les mêmes : la femme n'a pas choisi les immeubles qu'il a plu au mari d'acheter pendant la durée de la communauté, il est juste qu'elle prenne, pour le paiement de ses reprises, ceux de ses immeubles qui lui conviendront. Au contraire, le mari a choisi tous les immeubles conquêts, il doit donc lui être indifférent qu'on lui attribue l'un ou l'autre en paiement.[2]

Nous croyons qu'il faut rejeter cette théorie.

Elle est contraire à l'opinion suivie dans notre ancien droit : « Après le prélèvement fait par la femme ou ses hé- « ritiers, dit Pothier, le mari ou ses héritiers prélèvent « pareillement, *à leur choix*, dans les meilleurs effets qui « restent de ladite masse. »[3]

Cette solution nous paraît en outre contraire à celle que nous venons d'adopter sur le mode de paiement des repri-

[1] Caen, 19 janvier 1832, Sirey, 1841, II, 82 ; Paris, 18 août 1859, Sirey, 63, II, 211. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 701 ; Troplong, III, n° 1650; Rodière et Pont, II, n° 1093 ; Marcadé, V, article 1470, I et II; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 22, p. 361 ; Laurent, XXII, n° 520.

[2] Colmet de Santerre, VI, n° 132 *bis* I; Laurent, XXII, n° 521.

[3] *Traité de la communauté*, n° 701.

ses du mari : du moment où l'on admet que l'article 1471 est applicable au mari, il faut l'appliquer dans son entier, aussi bien dans la partie où il donne le choix des immeubles à l'époux créancier de reprises que dans la partie où il fixe l'ordre des prélèvements.

On objecte que le mari a choisi lui-même tous les immeubles acquêts, et qu'il doit les accepter indifféremment pour ses reprises. Nous répondrons que la femme a le privilège non seulement de choisir les immeubles qui lui plaisent, mais d'exercer ses prélèvements la première : lorsqu'elle est ainsi désintéressée, en immeubles à son choix, elle a obtenu une large compensation de l'inégalité de sa situation pendant le mariage, et il est équitable d'accorder au mari le choix parmi les immeubles qui restent, et dont la valeur respective peut s'être bien modifiée depuis que le mari les a achetés.[1]

945. — Lorsque l'un des époux exerce en nature les prélèvements qu'autorise l'article 1471, il doit, à moins d'accord entre lui et son conjoint ou les héritiers de celui-ci, exercer ces prélèvements dans l'ordre prescrit par le texte de cet article. Sans doute, la disposition de ce texte n'est inspirée par aucun motif d'ordre public, et les parties peuvent y déroger, et décider, par exemple, que les prélèvements s'exerceront d'abord sur les immeubles, bien qu'il y ait des meubles suffisants pour y faire face.

Mais si les parties ne s'entendent pas, l'une d'elles ne pourrait, malgré son conjoint, intervertir l'ordre prescrit au texte. Ce mode de paiement constitue une exception aux règles ordinaires sur l'acquittement des dettes, qui se fait en argent, et il faut au moins que les parties qui veulent en profiter ne le fassent que de la manière et dans l'ordre prescrit par le législateur.[2]

[1] Rodière et Pont, II, n° 1093; Aubry et Rau, V, § 511, texte, p. 301.

[2] Rodière et Pont, II, n° 1076; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 23, p. 360. — *Voir* toutefois Douai, 17 juin 1847, Sirey, 49, II, 71.

946. — Les prélèvements des époux s'exercent conformément à l'article 1471, quelle que soit la cause de leurs reprises, qu'il s'agisse « de biens aliénés, » ou de toute autre cause d'indemnité.

Il est vrai que l'article 1471 ne parle que « des biens qui « n'existent plus en nature, » et on a soutenu que ces expressions étaient limitatives, et que, du moment où le législateur n'autorisait les prélèvements que pour cette catégorie de reprises, les autres reprises devaient être payées en argent.[1]

Cette opinion nous paraît inadmissible. En effet, toutes les causes de reprises méritent la même faveur, puisque toutes représentent un enrichissement de la communauté aux dépens de l'un des époux, et la raison indique qu'elles doivent toutes être payées de la même manière. Quant à l'objection tirée de ce que l'article 1471 ne parle que des biens qui n'existent plus en nature, voici quelle est notre réponse : c'est la cause la plus fréquente et la plus importante des reprises des époux contre la communauté, voilà pourquoi l'article 1471 la vise spécialement. C'est ainsi que l'article 1433 n'indique comme cause de reprises des époux contre la communauté que la vente des propres et le rachat de services fonciers : les autres causes, moins importantes, de reprises suivront les règles générales tracées par les articles 1433 et 1471.[2]

947. — L'article 1471, en autorisant les prélèvements sur les meubles et les immeubles, ne donne le choix à la femme, et, dans le système que nous avons adopté, au mari, que pour les prélèvements sur les immeubles : faut-il en conclure que lorsque les prélèvements ont lieu sur les

[1] Lyon, 3 mars 1841, Sirey, 41, II, 347. — Troplong, III, n° 1650; Massé et Vergé, IV, p. 119.

[2] Orléans, 3 décembre 1857, Dalloz, 58, II, 165. — Rodière et Pont, II, n° 1075; Colmet de Santerre, VI, n° 131 *bis* II; Laurent, XXII, n° 507.

meubles, les époux ou leurs héritiers n'ont pas le droit de choisir les meubles sur lesquels ils les exercent ?

C'est la conclusion à laquelle arrive M. Laurent. Le droit de choix est une exception, dit-il, et par suite le texte qui le permet est de rigoureuse interprétation. D'ailleurs, il n'y a pas d'analogie entre les meubles et les immeubles, à ce point de vue : il était équitable de donner à la femme le choix des immeubles, mais pour les meubles, ils ont un prix courant pour lequel on trouve toujours des acheteurs, et, s'ils ne conviennent pas à la femme, elle les vendra.[1]

Nous croyons qu'il faut rejeter cette conclusion, par les motifs suivants. Si le législateur de 1804, qui attachait tant d'importance aux immeubles, a donné le choix des immeubles pour l'exercice des reprises, c'est *à fortiori* qu'il faut l'accorder pour les meubles. D'ailleurs, les mêmes motifs existent dans les deux cas : nous n'admettons pas en effet que tous les meubles aient une valeur constante, un prix courant qui permette de les réaliser, s'ils ne conviennent pas; pour les meubles comme pour les immeubles, il y en a qui ont peu d'utilité et pour lesquels on trouvera difficilement des acheteurs. Ce serait annihiler les avantages du prélèvement que de ne pas autoriser l'époux qui l'exerce à choisir les meubles qui lui conviennent.[2]

948. — Que le choix porte sur des meubles ou sur des immeubles, si l'époux créancier et son conjoint, ou leurs héritiers, ne s'entendent pas sur la valeur à donner aux biens sur lesquels le prélèvement s'opère, cette valeur devra être déterminée par experts choisis par les parties, ou, à défaut d'accord entre elles, nommés par les tribunaux.[3] Les frais de l'expertise seront à la charge de la communauté.[4]

[1] XXII, n° 506.

[2] Marcadé, V, article 1470, I; Rodière et Pont, II, n° 1078; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 24, p. 361.

[3] Aubry et Rau, V, § 511, p. 361; Laurent, XXII, n° 508.

[4] Rodière et Pont, II, n° 1080.

949. — Deux limites doivent être apportées au droit qui appartient à l'époux créancier de choisir à son gré, parmi les meubles ou les immeubles de la communauté.

En premier lieu, l'époux ne peut prendre des meubles ou des immeubles dont la valeur serait notablement supérieure à celle des reprises qu'il aurait à exercer. Prélever, c'est prendre à titre de paiement, et le paiement ne peut s'exercer que jusqu'à concurrence de la créance qu'il s'agit de solder : sans doute, une corrélation absolue entre la créance et la valeur de l'objet n'est pas nécessaire, et, si l'excédant de valeur de l'objet prélevé est peu considérable, il ne fera pas obstacle au prélèvement. Mais, s'il y a une différence notable, le prélèvement serait impossible.[1]

En second lieu, l'époux ne pourrait exercer son prélèvement sur une part d'immeuble de communauté, si cet immeuble était impartageable et que l'époux dût se trouver en état d'indivision avec la communauté, demeurée propriétaire du surplus : la licitation deviendrait ensuite nécessaire entre l'époux et la communauté, et un tel prélèvement n'atteindrait pas le but que le législateur s'est proposé.[2] Toutefois, cette prohibition ne repose sur aucun principe d'ordre public, et, si les parties sont majeures et capables, elles peuvent convenir que l'époux prélèvera une portion indivise d'un immeuble impartageable.[3]

950. — Le règlement des reprises par voie de prélèvement est-il *obligatoire* pour l'époux créancier, ou simplement *facultatif* pour lui, de telle manière qu'il puisse,

[1] Marcadé, V, article 1470, I et II ; Rodière et Pont, II, n° 1079; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 24.

[2] Cassation, 21 avril 1840, Sirey, 40, I, 987 ; Cassation, 7 mai 1855, Sirey, 56, I, 359, et Dalloz, 55, I, 410. — Rodière et Pont, II, n° 1075 ; Laurent, XXII, n° 509.

[3] Orléans, 3 décembre 1857, Dalloz, 58, II, 165. — Laurent, *Op. et loc. citat.*

s'il le préfère, se faire payer en argent par la communauté ?

La question est controversée.

Pour soutenir que le règlement par voie de prélèvement est obligatoire, on invoque, d'abord, le texte de l'article 1471 : ce texte est impératif dans le premier alinéa, lorsqu'il dit que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari, et comme il emploie la même formule pour dire que les prélèvements s'exercent en nature, il en faut conclure que les deux règles qu'il édicte sont impératives l'une et l'autre.

On ajoute que l'article 1471 est placé dans la section V, *Du partage de la communauté après l'acceptation*, au milieu d'une série d'articles ayant pour objet de régler les droits des époux, et que les règles spéciales que contiennent ces textes doivent être appliquées lors même qu'elles dérogent au droit commun, par application de l'adage *Specialia generalibus derogant.*

Enfin, dit-on, s'il en était autrement, et si l'on admettait, d'une part, que l'époux créancier de reprises peut se faire payer en argent, et, de l'autre, que son conjoint peut l'obliger à recevoir son paiement en argent, question que nous examinerons au n° suivant, l'article 1471 deviendrait illusoire et sans portée sérieuse. Il signifierait seulement que si les époux ou leurs héritiers sont d'accord pour régler les reprises par voie de prélèvement, ils peuvent le faire ainsi : mais un texte était inutile pour le dire, et telle ne peut être la portée de l'article 1471.[1]

951. — Nous croyons, au contraire, que le règlement des reprises par voie de prélèvement n'est pas obligatoire, et que l'époux créancier est libre d'exiger le paiement de ses reprises en argent, et d'arriver ainsi à faire vendre les

[1] Metz, 10 avril 1862, Dalloz, 62, II, 141; Paris, 24 juillet 1869, Dalloz, 70, II, 25. — Marcadé, V, article 1470, I ; Rodière et Pont, II, n° 1074; de Folleville, I, n° 497.

biens de la communauté à concurrence du montant de ses reprises.

Cette théorie est celle de notre ancien droit :

« La veuve, dit Guy Coquille, ne sera tenue prendre les « meubles en paiement : car son debte est en deniers. »[1]

« On ne peut, dit Pothier, refuser le partage (des « meubles de communauté), à moins qu'il ne fût néces- « saire de vendre le tout, ou partie, pour l'acquittement « des dettes exigibles de la communauté, tant de celles « qui sont dues à des tiers, que de celles qui seraient dues « à l'une ou à l'autre des parties ; auquel cas la vente des « meubles ne peut être empêchée, jusqu'à concurrence de « ce qu'il est nécessaire d'en vendre pour l'acquittement « desdites dettes. »[2]

La même solution doit être adoptée sous l'empire du Code civil, par les motifs suivants. La règle générale sur les droits des créanciers est écrite dans les articles 2092 et 2093 : les biens d'un débiteur forment le gage de ses créanciers, qui ont le droit de les faire vendre pour obtenir le paiement de leur créance. L'article 1471 modifie ce droit en accordant à la femme, et, selon nous, au mari, la faculté de prendre en paiement des biens de communauté : mais cette disposition de l'article 1471, qui constitue une faveur pour l'époux, une extension des droits ordinaires des créanciers, ne lui enlève pas le bénéfice du droit commun, lorsque le paiement en deniers lui paraît plus avantageux.

Telle est, à notre avis, la vraie raison de décider : la loi n'a pas enlevé les droits ordinaires des créanciers à l'époux, elle y a ajouté un droit nouveau et exceptionnel, et l'époux en faveur duquel il a été introduit peut toujours y renoncer, pour s'en tenir au droit commun.

[1] COUSTUMES DE NIVERNOIS, Titre *Des droicts de gens mariez*, art. XVIII.

[2] *Traité de la communauté*, n° 700.

On objete que l'article 1471 devient inutile dans notre système : nous répondrons qu'il conserve une réelle utilité, car, sans cet article, l'époux créancier n'aurait pas eu le droit de prendre en paiement des biens de communauté, et il n'aurait pu demander qu'une chose, à se faire payer sur le prix de vente de ces biens. Cela suffit pour expliquer que les rédacteurs du Code aient maintenu cette disposition, sans vouloir pour cela lui donner plus d'effet qu'elle n'en avait dans notre ancien droit.[1]

952. — A l'inverse, si l'époux créancier veut exercer ses reprises par voie de prélèvement, son conjoint ou les héritiers de celui-ci peuvent-ils s'y opposer en offrant de lui payer le montant de ses reprises en argent?

Non, répond une première théorie : l'époux créancier a le droit absolu d'exercer ses prélèvements en nature, s'il le veut. C'est ce qui résulte, d'abord, de la forme même de l'article 1471 : « les prélèvements *s'exercent* »; ces expressions indiquent un droit donné à l'époux créancier, et non une expectative, subordonnée au bon plaisir de l'autre époux.

On ajoute que l'article 1471 est écrit en faveur de l'époux créancier, pour lui permettre un mode avantageux de réglement de ses reprises, et il serait contraire au but que le législateur s'est proposé de permettre à l'autre époux d'anéantir ce droit par l'offre d'une somme d'argent.[2]

953. — Nous croyons que l'offre du paiement des reprises en argent empêche l'époux créancier de se faire payer par voie de prélèvement.

Notre raisonnement sera le même que dans l'hypothèse

[1] Cassation, 2 juin 1862, Sirey, 62, I, 829, et Dalloz, 62, I, 420; Cassation, 13 décembre 1864, Sirey, 65, I, 89; Cassation, 6 juillet 1870, Sirey, 70, I, 348, et Dalloz, 71, I, 116. — Troplong, I, 393-396, et III, 1628; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 25, p. 361-362; Colmet de Santerre, VI, n° 131 *bis* I; Laurent, XXII, n° 511.

[2] Marcadé, V, article 1470, I; Rodière et Pont, II, n° 1074; Laurent, XXII, n° 512.

précédente ; la créance des époux à raison de leurs reprises est une créance comme une autre, soumise d'abord aux règles générales sur le paiement des créances, puis à l'exception de faveur de l'article 1471. Mais, du moment où l'une des parties, l'époux créancier ou son conjoint, veut abandonner l'exception pour rentrer dans le droit commun, et en revenir au paiement en argent, l'autre partie ne peut pas s'y opposer.

L'article 1471 prouve, selon nous, que le paiement des reprises en argent est bien dans le vœu du législateur : en effet, s'il y a de l'argent dans la communauté, les reprises devront être payées en argent, et le prélèvement en nature n'est qu'un moyen subsidiaire de réglement. Dès lors, si l'un des époux demande ou offre le paiement en argent, il rentre dans le droit commun, et il fait ce que le législateur désire. L'article 1471 ne constitue pas, à notre avis, une faveur que la loi a voulu attribuer quand même à l'époux créancier : c'est un mode équitable de règlement, dont le but principal est d'éviter la vente des biens de communauté ; mais il est toujours loisible aux intéressés d'y renoncer.[1]

954. — Quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur le caractère facultatif de l'exercice des reprises par voie de prélèvement, on doit admettre que ce caractère facultatif peut être valablement stipulé dans le contrat de mariage au profit du survivant des époux. On pourrait stipuler par contrat de mariage que l'époux survivant aura la communauté toute entière à titre de préciput, ainsi que le permet l'article 1525 ; à plus forte raison peut-on y insérer une clause d'après laquelle le survivant pourra se payer de ses reprises, soit en argent, soit par le prélèvement de biens de communauté. Une telle clause n'a rien de contraire à l'ordre public, pour ceux-là mêmes qui estiment

[1] Troplong, III, n° 1630; Massé et Vergé, sur Zachariæ, IV, p. 119-120, note 26; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 26, p. 362.

qu'elle déroge à la règle de l'article 1471, et elle doit par suite être validée, par application de l'article 1387. A plus forte raison est-elle valable dans notre système, où elle n'est que la reproduction des dispositions de la loi en cette matière.[1]

Ajoutons que, dans la pratique, cette stipulation est très fréquente.

955. — Il peut arriver et il arrivera souvent que l'époux survivant soit institué donataire universel en usufruit des biens de son conjoint prédécédé : cette donation d'usufruit ne peut mettre obstacle à l'exercice des prélèvements de la part des héritiers de l'époux prédécédé, dans l'ordre indiqué par l'article 1471. En effet, en pareil cas, les héritiers exerceront leurs prélèvements sur la nue propriété des biens, et le survivant exercera sur ces mêmes biens son droit d'usufruit, avec ou sans caution, selon qu'il en a été dispensé ou non par le titre constitutif de l'usufruit. Le prélèvement et l'usufruit sont, comme l'a dit exactement la Cour de cassation, deux droits qui, loin de s'exclure, s'exercent simultanément.[2]

956. — Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari, aux termes de l'article 1471, et d'après l'article 1472, 2, la femme et ses héritiers, en cas d'insuffisance de la communauté, exercent leurs reprises sur les biens du mari.

Nous avons déjà indiqué le motif de ce droit accordé à la femme ou à ses héritiers : la dette des reprises de la femme est une dette de communauté, elle doit donc grever les biens du mari. De plus, si l'administration de la communauté a été mauvaise à ce point que les reprises de la femme aient péri, sans que l'actif de la communauté se soit accru, la faute en est au mari seul. Il a administré comme bon lui a semblé le patrimoine de la femme et celui de la

[1] Caen, 12 mai 1870, Dalloz, 72, II, 196. — Laurent, XXII, n° 513.
[2] Cassation, 7 juillet 1874, Sirey, 74, I, 477, et Dalloz, 75, I, 57.

communauté, sans que la femme pût exercer aucun contrôle ni aucune influence sur cette administration : il est donc juste que le mari soit débiteur vis-à-vis de la femme du montant de ses reprises, dans la mesure où la communauté ne pourrait pas les payer.

957. — Si la consistance du mobilier de la communauté a été établie par un inventaire régulier, le recours subsidiaire de la femme ou de ses héritiers sur les biens du mari s'exercera sans difficulté : soit que la femme exerce ses reprises en nature sur les biens de communauté, ou qu'elle se fasse payer sur le prix qui proviendra de leur vente, l'insuffisance des biens de la communauté sera régulièrement établie, et la femme ou ses héritiers auront action pour le surplus contre le mari.

Il n'y a pas de difficulté non plus si la femme survivante et les héritiers du mari, majeurs et capables, sont convenus, d'un commun accord, qu'il ne serait pas fait d'inventaire des biens de la communauté. La femme survivante, qui est restée en possession du mobilier non inventorié, est présumée avoir opté pour l'exercice en nature de ses reprises. Mais, quant à la consistance de ce mobilier, les héritiers du mari devront s'en rapporter aux déclarations de la femme, ou faire la preuve, conformément aux articles 1341 et 1347, par écrit, ou à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, de l'importance du mobilier appréhendé par la femme.[1]

958. — La difficulté naît dans l'hypothèse suivante, qui se présentera fréquemment : la femme survivante se met en possession des biens de la communauté sans faire faire d'inventaire ; pourra-t-elle soutenir qu'elle n'a pas trouvé de valeurs suffisantes pour se payer de ses reprises, et pourra-t-elle exercer un recours subsidiaire sur les biens du mari ?

Ce défaut d'inventaire va faire naître deux autres ques-

[1] Caen, 19 novembre 1870, Sirey, 71, II, 163.

tions, connexes à la précédente : les héritiers du mari pourront-ils dire à la veuve survivante, qui n'a pas fait inventaire, qu'elle est tenue du paiement des reprises du mari prédécédé même *ultrà vires emolumenti*, à concurrence de la moitié de ces reprises, comme elle serait tenue, à défaut d'inventaire, de toute autre dette de communauté ?

Enfin, si c'est le mari qui survit, et qui reste en possession des biens de la communauté sans inventaire, devra-t-on le réputer rempli de ses reprises par le mobilier non inventorié resté en ses mains ? Ou bien lui permettra-t-on d'établir l'insuffisance du mobilier et d'exercer ensuite ses reprises sur les immeubles de communauté, par application de l'article 1471 ?

De ces diverses difficultés, que nous allons examiner, se dégage un enseignement : c'est que l'époux survivant ne devrait jamais négliger de faire faire inventaire. S'il est tuteur de ses enfants mineurs, cette obligation lui est imposée par l'article 461, et par l'article 1442, qui y attache la peine de la perte de la jouissance légale ; s'il est donataire en usufruit de son conjoint prédécédé, le plus souvent il sera dispensé de fournir caution, mais il demeurera tenu de faire inventaire, conformément à la règle de l'article 600 ; enfin, si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, on voit à quelles difficultés le défaut d'inventaire expose l'époux survivant, qui est resté en possession des valeurs de communauté. Trop souvent on néglige cette formalité, soit à cause des frais qu'elle occasionne, soit à cause des divulgations qu'elle entraîne ; et, pour éviter de petits ennuis, on s'expose à de sérieuses difficultés, et parfois à des déchéances graves.

959. — Examinons d'abord les conséquences du défaut d'inventaire pour l'époux survivant, le mari ou la femme : si c'est la femme qui survit, pourra-t-elle soutenir que les meubles de la communauté ont été insuffisants pour la remplir de ses reprises, et se faire payer du surplus, d'abord en prélevant des immeubles, puis en agissant subsidiaire-

ment contre le mari ? Et, si c'est le mari, pourra-t-il prélever des immeubles de communauté, en prétendant que le chiffre de ses reprises dépassait la valeur des meubles ?

Trois opinions sont nées sur cette question.

Une première opinion enseigne que le défaut d'inventaire ne produira aucun effet contre l'époux survivant, et que celui-ci pourra établir l'insuffisance du mobilier de la communauté pour le payer de ses reprises par tous les moyens de preuve, par témoins et par commune renommée. Aucun texte, dit-on, ne déclare l'époux survivant non recevable à réclamer ses reprises sur la communauté, parce qu'il aurait négligé de constater la valeur du mobilier par un inventaire. Du moment où l'on n'allègue aucune fraude de la part du conjoint survivant, celui-ci peut établir par témoins et par commune renommée la consistance du mobilier commun, comme l'article 1442 le permet aux époux indistinctement, en toutes circonstances.[1]

960. — Une seconde opinion, absolue en sens contraire, trouve dans le défaut d'inventaire une déchéance absolue contre l'époux survivant : il sera, dit-on, présumé avoir trouvé dans la communauté des valeurs suffisantes pour le payer de ses reprises, et il ne pourra faire aucune preuve contre cette présomption.

La Cour de Caen, qui a admis ce système dans plusieurs arrêts, lui a donné une formule très précise :

« Considérant qu'à la dissolution du mariage, c'est le « survivant des époux que la loi charge de faire inventorier « le mobilier existant (article 1442) ; que le survivant des « époux est tenu de l'accomplissement de la formalité « dans l'intérêt des héritiers de son conjoint comme dans « le sien propre ;

« Considérant que par suite de ces principes, la veuve « survivante, qui recueille tout le mobilier sans en faire « faire d'inventaire, ne peut plus tard être admise à exciper

[1] Caen, 19 janvier 1832, *Recueil de Caen*, 1840, p. 483.

« de l'insuffisance des valeurs sur lesquelles devait s'exer-
« cer le prélèvement ; qu'il s'opère alors, par la seule force
« de la loi, une *confusion* à laquelle elle tenterait inutile-
« ment d'échapper, en rejetant le défaut d'inventaire sur
« ceux qui n'étaient pas tenus d'y faire procéder. »[1]

961. — Le troisième système, que nous proposons, n'admet pas le système de la confusion adopté par les arrêts que nous venons de recueillir ; mais il n'admet pas non plus que tous les modes de preuve soient ouverts au profit de l'époux survivant, qui allègue l'insuffisance du mobilier de la communauté. Dans notre système, l'époux survivant pourra faire la preuve de cette insuffisance ; mais il devra la faire conformément à l'article 1341, c'est-à-dire par écrit ou à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, si la valeur des reprises que l'époux survivant demande à exercer sur les immeubles est supérieure à cent cinquante francs.

Nous disons, d'abord, qu'il est impossible que l'époux survivant substitue à la preuve régulière de l'inventaire, qu'il aurait dû faire faire, la preuve par témoins ou par commune renommée. Ces deux preuves constituent une exception au droit commun, la première si l'intérêt est supérieur à cent cinquante francs, la seconde dans tous les cas : il ne faut donc les autoriser que là où un texte formel les permet. Or l'article 1442, que nous étudierons avec notre chapitre IV, *De la dissolution de la communauté*, n'autorise ces preuves qu'au profit des héritiers de l'époux prédécédé, des enfants mineurs, des créanciers de la communauté, de ceux, en un mot, auxquels le défaut d'inventaire a pu porter préjudice : mais il ne l'autorise pas au profit de l'époux survivant, et il serait en effet trop com-

[1] 4 décembre 1855, *Recueil de Caen*, 56, p. 48. — *Sic* Caen, 19 janvier 1850, *Ibid.*, 50, p. 151 ; Caen, 29 mai 1854, *Ibid.*, 54, p. 283 ; Caen, 17 juillet 1857, *Ibid.*, 57, p. 285 ; Sirey, 60, I, 241, et Dalloz, 59, I, 491 ; Caen, 19 fevrier 1864, *Ibid.*, 64, p. 157.

mode pour celui-ci de se procurer ces preuves exceptionnelles en manquant à l'obligation que la loi lui impose, celle de faire constater par inventaire la consistance du mobilier de communauté.

D'un autre côté, nous n'admettons pas, avec les arrêts précités, que l'époux survivant soit *présumé* avoir trouvé dans la communauté des valeurs suffisantes pour le payer de ses reprises. Cette prétendue présomption n'est écrite nulle part : de plus, comme le fait remarquer avec raison M. Laurent,[1] la loi n'impose aucune déchéance à l'époux qui n'a pas fait faire inventaire.

Notre conclusion est donc celle-ci : l'époux survivant sera soumis aux règles de droit commun, et voici quelle en est la conséquence : il devra faire la preuve que le mobilier de la communauté est insuffisant pour le payer de ses reprises, et il ne pourra faire cette preuve, du moment où il s'agit d'un intérêt supérieur à cent cinquante francs, qu'au moyen d'une preuve écrite ou d'un commencement de preuve par écrit.[2]

962. — Si c'est le mari qui est mort le premier, ses héritiers pourront-ils exiger de la veuve survivante, qui n'a pas fait faire inventaire, le paiement de la moitié des reprises du mari *ultrà vires emolumenti ?*

L'affirmative a été soutenue,[3] mais nous n'hésitons pas à dire qu'il faut repousser cette opinion, et décider que la femme ne sera pas tenue des reprises *ultrà vires*, mais seulement dans la mesure de ce qu'elle aura recueilli dans la communauté.

En principe, d'après les règles de la communauté entre

[1] XXII, n° 523.

[2] Caen, 7 mai 1879, *Recueil de Caen*, 80, p. 65, et *Note* de M. Le Gost ; Caen, 10 juin 1885, *Recueil de Caen*, 86, p. 45.

[3] Douai, 12 décembre 1861, Sirey, 62, II, 67, et Dalloz, 62, V, 64; *Motifs* d'un arrêt de Douai, 8 août 1864, Sirey, 64, II, 297 ; Agen, 4 décembre 1866, Sirey, 67, II, 217, et Dalloz, 66, II, 225. — Rodière et Pont, II, n° 1120.

époux, la femme n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. L'article 1483 décide qu'à défaut d'inventaire elle est tenue des dettes *ultrà vires*, vis-à-vis des créanciers de la communauté, mais c'est là une disposition qui n'est applicable qu'aux créanciers et que l'on ne peut invoquer pour l'exercice des reprises : ces reprises s'exercent spécialement sur les biens de la communauté, de la manière indiquée dans les articles 1470 et 1471. Il y a, d'ailleurs, un motif de différence entre le paiement des dettes et celui des reprises : les héritiers du mari peuvent toujours provoquer un inventaire, au décès de leur auteur, et s'ils ne l'ont pas fait, ils ne peuvent se prévaloir de leur propre négligence pour aggraver la situation de la femme survivante.[1]

963. — Le mari, avons-nous dit, à la différence de la femme, n'a pas d'action subsidiaire sur le patrimoine de la femme pour obtenir le paiement de ses reprises, si les biens de la communauté sont insuffisants ; ajoutons que le mari ne pourrait pas stipuler, dans le contrat de mariage, ce recours subsidiaire sur les biens de la femme, recours que la loi ne lui donne pas. Ce recours n'est accordé à la femme que comme contrepoids du pouvoir d'administration si étendu que la loi donne au mari ; et, de même qu'il est d'ordre public que cette administration ne puisse être donnée à la femme, de même, il est d'ordre public qu'elle n'ait pas les inconvénients d'une administration qu'elle ne peut exercer. C'est ainsi que le mari ne pourrait stipuler qu'il aura le droit de renoncer à la communauté, la faculté

[1] Angers, 20 mai 1863, Sirey, 64, II, 110, et Dalloz, 64, II, 186 ; Cassation, 18 février 1867, Sirey, 67, I, 122, et Dalloz, 67, I, 161 ; Dijon, 23 avril 1867, Sirey, 68, II, 150, et Dalloz, 67, II, 245 ; Cassation, 16 novembre 1868, Sirey, 69, I, 14, et Dalloz, 68, I, 476 ; Bordeaux, 16 mars 1869, Sirey, 69, II, 239, et Dalloz, 69, II, 211 ; Besançon, 17 janvier 1883, Sirey, 84, II, 45. — Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 30, p. 364-365 ; Laurent, XXII, n° 519.

de renonciation n'étant, elle aussi, que la conséquence des pouvoirs donnés au mari.[1]

964. — Les prélèvements, dont nous étudions les effets, constituent pour les époux l'exercice d'un véritable droit réel sur les biens de communauté : sans doute, comme nous l'avons dit, c'est à titre de créancière que la femme exerce ce droit, mais, une fois la communauté dissoute, le mari n'est plus libre de disposer des biens qui la composaient au préjudice de la femme ; ce serait une fraude au mode de paiement des reprises, mode de paiement dont la loi a tracé les règles dans les articles 1470 et suivants.

Dès lors, si le mari a vendu ses droits indivis dans les immeubles de la communauté dissoute, cette vente ne sera pas opposable à la femme, qui pourra exercer ses reprises aussi bien sur l'immeuble indivis que sur les autres immeubles de communauté.[2]

965. — Tant que la communauté dure, le droit éventuel de la femme d'exercer ses prélèvements ne peut faire obstacle à l'exercice actuel des pouvoirs qui appartiennent au mari comme chef de la communauté : celui-ci pourra donc disposer à son gré des biens de la communauté à titre onéreux, conformément aux articles 1421 et suivants, et, à la dissolution de la communauté, la femme ne pourra exercer ses reprises que sur les biens qui restent, et avec les charges dont ils ont été grevés par le chef de la communauté.

De ce principe résultent les conséquences suivantes.

Si certains immeubles de la communauté ont été aliénés, la femme devra respecter ces aliénations, et ne pourra prétendre exercer ses reprises sur les biens aliénés : « Considérant, dit avec raison la cour de Lyon, qu'il est évident que la femme ne peut exercer ses prélèvements « que sur les biens existants à la dissolution de la commu-

[1] Laurent, XXII, n° 522.

[2] Cassation, 6 novembre 1861, Sirey, 62, I, 174, et Dalloz, 62, I, 167.

« nauté, et non sur ceux qui auraient été antérieurement « aliénés par voie de cession, vente ou autrement. »[1]

En second lieu, si le mari a conféré une hypothèque sur des immeubles de communauté, ou donné en nantissement certains biens mobiliers, la femme ne pourra exercer ses reprises au préjudice de cette hypothèque ou de ce nantissement.[2]

Enfin, si des créanciers du mari pratiquent une saisie sur des effets mobiliers de la communauté, la femme ne pourra exercer ses prélèvements sur les effets saisis.[3]

966. — Le titre en vertu duquel les prélèvements sont exercés par les époux a un caractère spécial : ce n'est pas l'exercice d'un droit de propriété, nous l'avons démontré, mais ce n'est pas non plus une dation en paiement, comme on le dit souvent.

Par la dation en paiement, le créancier reçoit un bien sur lequel il n'avait aucun droit, et l'acte qui constate cette dation est un acte translatif de propriété, qui doit être transcrit et qui donne lieu à la perception d'un droit proportionnel d'enregistrement.

Au contraire, par l'exercice du prélèvement, l'époux créancier est approprié d'un bien sur lequel il avait déjà des droits indivis, les droits qui appartiennent à tout communiste sur la chose commune : les prélèvements constituent donc un règlement entre époux, dont les caractères se rapprochent beaucoup de ceux du partage, et, qui, comme le partage, n'opère aucune mutation de propriété entre l'époux qui exerce les prélèvements et la communauté.

[1] Lyon, 11 juillet 1857, Sirey, 58, II, 6, et Dalloz, 59, I, 122.

[2] Paris, 13 janvier 1854, Sirey, 54, II, 109, et Dalloz, 54, II, 93 ; Dijon, 18 décembre 1855, Sirey, 56, II, 253, et Dalloz, 56, II, 185; Cassation, 17 février 1858, Sirey, 58, I, 365, et Dalloz, 58, I, 125. — Marcadé, V, article 1470, III; Rodière et Pont, II, nos 1087 et suiv.

[3] Trib. de la Seine, 1er avril 1854, Sirey, 54, II, 209.

Ce caractère des prélèvements va nous permettre de déterminer les effets juridiques qui s'attachent à cette opération.

967. — En premier lieu, si les prélèvements s'exercent sur des immeubles, l'époux qui les exerce n'a pas besoin de faire transcrire l'acte qui l'approprie de ces immeubles : c'est un acte déclaratif, non un acte translatif de propriété, et à ce titre la loi du 23 mars 1855 ne lui est pas applicable.

La Cour de cassation, en le décidant ainsi, a très bien caractérisé la nature complexe des prélèvements :

« Attendu que, préalablement au partage de la commu-
« nauté, après acceptation de la femme, il est procédé à
« deux opérations qui ont pour but de faire rentrer à la
« masse tout ce que les époux peuvent lui devoir, et de les
« autoriser à prélever soit leurs biens personnels qui exis-
« teraient encore en nature, soit les récompenses ou indem-
« nités qui en seraient la représentation ;

« Que ce prélèvement, de quelque manière qu'il s'ex-
« erce, n'est ni un partage proprement dit, ni une dation
« en paiement, mais un règlement entre époux, une opé-
« ration de communauté déclarative, non translative de
« propriété, n'opérant aucune mutation de propriété, et,
« dès lors, affranchie de la transcription obligatoirement
« prescrite par la loi du 23 mars 1855. »[1]

Comme conséquence de cette idée, que la transcription n'est pas nécessaire pour l'époux qui prélève des immeubles de communauté pour se payer de ses reprises, il faut admettre, à l'inverse, que les personnes auxquelles le mari a concédé des droits réels sur les immeubles de communauté ne sont pas obligées de les révéler par la voie de

[1] Cassation, 20 juillet 1869, Sirey, 70, I, 127, et Dalloz, 69, I, 497. — Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 32, p. 365; Laurent, XXII, n° 540; Flandin, *De la transcription*, I, n° 294; Mourlon, *De la transcription*, I, n° 47. — *Contrà*, Troplong, *De la transcription*, n° 62.

l'inscription ou de la transcription, pour les opposer à la femme ou à ses héritiers. Tant que ceux-ci n'ont pas fait transcrire l'acte par lequel ils sont appropriés des immeubles de communauté, ils ne sont que les ayants cause de la communauté, et ils ne peuvent critiquer des actes consentis par le mari, dans la limite de ses pouvoirs d'administrateur. L'acte serait opposable à la communauté ou au mari, il est donc opposable à la femme ; c'est ainsi, notamment, que le vendeur non payé pourrait prendre inscription après l'abandon à la femme de l'immeuble qu'il avait vendu à la communauté.[1]

968. — La seconde application du caractère que nous venons de reconnaître aux prélèvements, c'est que leur exercice ne donne pas lieu au paiement d'un droit proportionnel de mutation. Les prélèvements que l'époux exerce constituent une des opérations du partage, et se confondent avec lui au point de vue de la perception du droit d'enregistrement.[2]

De même, si les valeurs de la communauté sont insuffisantes pour payer les reprises de la femme, et que celle-ci abandonne ces valeurs aux héritiers du mari pour obtenir le paiement en argent de ses reprises, cet abandon des immeubles ne donnera lieu au paiement d'aucun droit proportionnel de mutation de la part des héritiers du mari. Ces derniers prennent les biens de la communauté par suite d'un règlement entre époux, d'une opération de liquidation qui n'entraîne aucune transmission de propriété de la femme aux héritiers du mari.[3]

969. — Une troisième application, que nous voulons signaler à propos du caractère des prélèvements, est rela-

[1] *Arrêt précité* de Cassation, 20 juillet 1869. — Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.*

[2] Cassation, 3 et 24 août 1858, Sirey, 58, I, 711, et Dalloz, 58, II, 340. — Rodière et Pont, II, n° 1094; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 35, p. 365; Laurent, XXII, n° 541.

[3] Cassation, 13 décembre 1864, Sirey, 65, I, 87, et Dalloz, 65, I, 17.

tive à l'action en rescision : pourra-t-on faire rescinder l'opération des prélèvements pour lésion de plus du quart? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement : si le prélèvement n'est pas un partage, c'est du moins une opération préliminaire au partage de la communauté, et il faut dire, avec un arrêt de la cour de Paris du 4 mars 1874, que le mot « partage », dans l'article 887, ne s'entend pas seulement de la composition et du tirage des lots, mais de toutes les opérations successives que la loi a reconnues nécessaires pour garantir les droits des copartageants, opérations qui font partie intégrante du partage et qui sont soumises aux mêmes lois.[1]

970. — Les caractères que nous venons de reconnaître aux prélèvements des époux n'existent que pour les prélèvements du mari, et pour ceux de la femme acceptante : encore n'existent-ils, pour la femme acceptante, que si elle se fait payer aux dépens des biens de la communauté.

Toute autre est la situation de la femme qui renonce à la communauté, ou de la femme qui accepte, mais qui, après épuisement des biens de la communauté, exerce sur les biens du mari le recours subsidiaire prévu par l'article 1472. Dans ces deux hypothèses, la femme n'est plus qu'une créancière ordinaire : il ne peut être question d'opérations préliminaires au partage, puisqu'il n'y a pas indivision entre la femme ou ses héritiers et le mari, mais seulement un paiement à effectuer par le mari, soit au moyen de ses propres, soit au moyen des biens ayant appartenu à la communauté, et qui sont désormais confondus avec son patrimoine.

La pratique appellera encore « prélèvement » le paiement des reprises de la femme au moyen des biens du mari, mais, juridiquement, cette expression est inexacte,

[1] Paris, 4 mars 1874, Sirey, 74, II, 167, et Dalloz, 75, II, 19; Bourges, 13 juin 1877, sous Cassation, 21 juillet 1880, Sirey, 81, I, 251, et Dalloz, 80, I, 441.

et voici les différences importantes qui vont séparer ces deux situations.

971. — Tandis que la femme acceptante peut contraindre, dans les limites que nous avons indiquées, le mari ou ses héritiers à lui livrer des biens de communauté en paiement de ses reprises, dans l'ordre indiqué dans l'article 1471, la femme renonçante, ou la femme qui agit subsidiairement sur les biens du mari, n'a point ce droit. Elle n'est, avons-nous dit, qu'une créancière comme une autre : elle n'a donc que les droits ordinaires du créancier, celui de poursuivre, par voie d'exécution forcée, le paiement de sa créance sur les biens de son débiteur ; et cela sans distinction, pour la femme renonçante, entre l'ancien patrimoine de la communauté et les biens propres du mari.[1]

Observons toutefois que si le mari ou ses héritiers avaient consenti à donner en paiement à la femme des meubles ou des immeubles, ils ne pourraient ensuite critiquer cette attribution, pas plus qu'un débiteur ordinaire ne pourrait critiquer la dation en paiement qu'il aurait accepté de faire à son créancier.[2]

972. — La femme renonçante, ou la femme qui exerce ses reprises subsidiairement sur les biens du mari, n'avait aucun titre préexistant ni à la propriété des biens de la communauté à laquelle elle a renoncé, ni à la propriété des biens du mari : il en résulte que l'acte qui l'approprie de ces biens n'est pas un acte déclaratif, mais un acte translatif de propriété.

De là les deux conséquences inverses de celles que nous avons indiquées, lorsqu'il s'agit des prélèvements exercés par la femme acceptante sur les biens de la communauté :

[1] Lyon, 12 avril 1867, Sirey, 68, II, 15, et Dalloz, 68, V, 82. — Rodière et Pont, II, n° 1190 ; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 36, p. 356 ; Colmet de Santerre, VI, n° 154 *bis* III ; Laurent, XXII, n° 103.

[2] Cassation, 15 juillet 1867, Sirey, 68, I, 13, et Dalloz, 68, I, 267.

l'acte devra être soumis à la formalité de la transcription, si les prélèvements sont exercés sur des immeubles,[1] et il y aura lieu au paiement d'un droit proportionnel de mutation.[2]

973. — Aux termes de l'article 1473, les reprises dues aux époux par la communauté emportent intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté, par exception à la règle de l'article 1153, 3. Nous verrons au contraire que s'il s'agit des créances de l'un des époux contre l'autre, elles ne portent intérêts que du jour de la demande en justice, d'après l'article 1479.

Nous croyons, avec M. Colmet de Santerre,[3] que la disposition exceptionnelle de l'article 1473, qui fait courir les intérêts de plein droit, peut s'expliquer par un double motif. En premier lieu, il serait difficile à l'époux créancier de satisfaire aux exigences de l'article 1153, et de former immédiatement une demande en justice, car le chiffre de ses reprises ne peut être déterminé aussitôt après la dissolution de la communauté : il y a en effet à établir des comptes parfois assez compliqués, et qui dans tous les cas demandent un certain temps. En second lieu, il serait contraire à l'équité que l'époux, qui n'a pas aliéné ses propres, pût en reprendre la jouissance au lendemain de la dissolution de la communauté, tandis que l'époux qui les a aliénés, peut-être dans l'intérêt du ménage, ne pourrait obtenir les intérêts de sa créance qu'en faisant une demande en justice.

974. — Les motifs que nous venons de donner de l'article 1473 vont nous permettre de résoudre une question

[1] Cassation, 8 février 1858, Sirey, 58, I, 268, et Dalloz, 58, I, 70.

[2] Cassation, 3 et 24 août 1858, Sirey, 58, I, 711, et Dalloz, 58, I, 310; Cassation, 24 décembre 1860, Sirey, 61, I, 189, et Dalloz, 61, I, 23; Cassation, 30 novembre 1867, Sirey, 70, I, 136, et Dalloz, 70, I, 157. — Rodière et Pont, II, n° 1203; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 37, p. 366; Laurent, XXII, n° 541.

[3] VI, n° 133 *bis*.

controversée, qui est née à propos de ce texte : les intérêts des reprises courent-ils de plein droit au profit de la femme renonçante, aussi bien qu'au profit de la femme acceptante ou du mari ?

Une opinion enseigne la négative. L'article 1473 constitue une exception au droit commun : or ce texte ne s'applique qu'aux créances des époux copartageants, et aux créances contre la communauté. Lorsque la femme renonce, elle n'a plus de créance contre la communauté, mais une créance personnelle contre son mari. C'est donc l'article 1479 que l'on devrait appliquer plutôt que l'article 1473, si l'on n'avait d'ailleurs la règle de l'article 1153, 3, qui tranche formellement la question.[1]

975. — Nous croyons qu'il faut étendre à la femme renonçante la disposition de l'article 1473.

Les deux motifs sur lesquels repose ce texte militent aussi bien au profit de la femme renonçante que de la femme acceptante ou du mari. Dans ces divers cas, en effet, la liquidation du chiffre des reprises ne peut se faire immédiatement, et il serait injuste de faire souffrir de ces retards nécessaires l'époux créancier de reprises, alors que l'époux qui reprend ses biens en nature en recouvre immédiatement la jouissance.

On objecte que l'article 1473 est placé dans le § I, *Du partage de l'actif*, et on en conclut que cette disposition n'est applicable que s'il y a partage, c'est-à-dire si la femme accepte. Voici notre réponse : les articles 1470 à 1473 contiennent toute la théorie des reprises, et l'article 1472 notamment, qui décide que la femme peut se faire payer de ses reprises par le patrimoine du mari, tandis que le mari n'a action que sur les biens de la communauté, s'applique aussi bien au cas de renonciation qu'au cas d'acceptation.

[1] Nancy, 29 mai 1828, Sirey, C. N., IX, II, 88. — Marcadé, V, article 1493; Glandaz, ENCYCLOPÉD. DU DROIT, v° *Communauté*, n° 435 ; Colmet de Santerre, VI, n° 154 *bis* IV.

Il n'est donc pas étonnant que les dispositions de l'article 1473 ne soient pas reproduites dans la section VI, *De la renonciation à la communauté*, puisque l'article 1472 n'y est pas reproduit non plus.

Ajoutons qu'il serait contraire à l'économie de la loi sur le régime en communauté de traiter la femme renonçante plus défavorablement que la femme acceptante : la renonciation a été donnée à la femme pour la préserver des conséquences de la mauvaise administration du mari, et ce n'est pas parce que le mari a mal administré la communauté qu'il faut imposer à la femme l'obligation d'intenter une action en justice pour obtenir les intérêts de ses reprises.[1]

976. — Nous avons dit, avec l'article 1471, que les reprises des époux s'exerçaient d'abord sur l'argent comptant, puis sur les meubles, et enfin sur les immeubles : mais nous devons ajouter que la dette des reprises pèse proportionnellement sur les meubles et sur les immeubles, quelle que soit la manière dont les reprises ont été exercées.

De là les deux conséquences suivantes. Si l'époux débiteur laisse un successeur aux meubles et un successeur aux immeubles, et que, par l'effet de l'article 1471, le successeur aux meubles paie toutes les reprises, il aura un recours proportionnel, *pro modo emolumenti*, contre le successeur aux immeubles.[2] De même, si l'époux survivant est donataire du mobilier de communauté, les héritiers de l'époux prédécédé ne pourront pas soutenir que les reprises doivent s'exercer sur le mobilier donné : elles s'exerceront proportionnellement sur les meubles et les immeubles, la donation ayant dérogé au mode de prélèvement indiqué par l'article 1471.[3]

[1] Cassation, 3 février 1835, Sirey, 35, I, 283 ; Cassation, 9 février 1870, Sirey, 70, I, 299, et Dalloz, 70, I, 119. — Troplong, III, n° 1708 ; Rodière et Pont, III, n° 1517 ; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 14, p. 358-359.

[2] Douai, 17 juin 1847, Sirey, 49, II, 71, et Dalloz, 50, II, 62.

[3] Paris, 18 août 1854, Sirey, 63, II, 211.

Le contraire a été jugé par les cours de Caen et d'Agen :[1] mais cette opinion, qui pouvait être soutenue à l'époque où l'on pensait que les reprises de l'époux s'exercent à titre de propriétaire, s'explique difficilement depuis que l'on reconnaît que l'époux les exerce à titre de créancier.

En effet, si les reprises des époux constituent une créance comme une autre, cette créance doit peser également sur tout le patrimoine, sur les immeubles comme sur les meubles. Le mode de paiement de cette créance, prévu par l'article 1471, n'est qu'un règlement entre époux qui a pour but de faciliter le paiement des reprises, mais qui ne peut changer la nature juridique et le caractère de cette créance.[2]

977. — Lorsqu'un époux est en même temps créancier de reprises contre la communauté et débiteur de récompenses, il ne faut pas envisager séparément ces deux éléments, mais les rapprocher pour parvenir à la liquidation de la communauté : la créance de reprises et la dette de récompenses se balancent et se confondent à due concurrence, de manière que, par le résultat de ce rapprochement, l'époux sera finalement débiteur ou créancier de l'excédant de l'une de ces deux sommes sur l'autre.

La question présente un réel intérêt pratique, si l'époux a laissé un légataire des meubles et un légataire des immeubles : on ne devra pas faire payer la dette des récompenses proportionnellement par le légataire des meubles et celui des immeubles, puis donner aux légataires des meubles la créance de reprises ; on commencera par balancer cette dette et cette créance, qui s'éteindront par confusion à due concurrence. Puis, s'il y a un excédant actif, il appartiendra au légataire des meubles, et, s'il y a un excédant

[1] Caen, 19 janvier 1832, Sirey, 41, II, 82; Agen, 17 janvier 1868, Sirey, 68, II, 4.

[2] *Arrêts précités* de Douai et de Paris. — Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 15, p. 359 ; Laurent, XXII, n° 514.

passif, il sera supporté proportionnellement par le légataire des meubles et celui des immeubles, ainsi que nous venons de le dire.

Il s'agit en effet de liquider la communauté, et, pour y arriver, d'établir la situation respective des époux et de la communauté, leur qualité de créancier ou de débiteur : or cette qualité ne peut résulter que de l'examen comparatif, de la balance entre la dette et la créance. Ce n'est qu'après cette balance que l'on pourra dire que la succession de l'époux est créancière, et elle ne sera créancière que de l'excédant, la confusion ayant éteint le surplus de la dette et de la créance.[1]

§ II

Des récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux.

978. — Nous étudierons, à propos des récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux, les trois questions suivantes :

I. — *Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense par l'un des époux au profit de la communauté ;*

II. — *Quel est le montant de la récompense* ;

III. — *Comment s'exercent ces récompenses.*

979. — I. *Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense par l'un des époux au profit de la communauté.* — Le principe est posé par l'article 1437, dans des termes très exacts, à ce point que nous avons dû recourir à ce texte et lui emprunter sa formule, lorsque nous avons étudié les récompenses dues par la communauté à l'un des époux :

[1] Cassation, 15 mai 1872, Sirey, 72, I, 313, et *note* de M. Labbé; et Dalloz, 72, I, 197. — Laurent, XXII, n° 488.

« Toutes les fois, dit ce texte, qu'il est pris sur la commu-
« nauté une somme soit pour acquitter les dettes ou char-
« ges personnelles de l'un des époux, telles que le prix ou
« partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat
« de services fonciers, soit pour le recouvrement, la con-
« servation ou l'amélioration de ses biens personnels, et
« généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un
« profit personnel des biens de la communauté, il en doit
« la récompense. »

La règle est donc celle-ci : toutes les fois que l'un des époux s'est enrichi aux dépens de la communauté, il en doit récompense. Le législateur n'a pas voulu que la communauté, ce patrimoine qui doit être la propriété des deux époux, profitât à un seul d'entre eux : il ne fallait pas en effet que l'administration plus ou moins habile de la fortune de l'un des époux, les avantages qu'il aurait l'adresse de retirer des biens communs fussent pour l'autre époux une cause de préjudice. Avec l'article 1437 rien de pareil n'est à craindre : chacun des époux peut puiser dans la caisse de la communauté, mais il devra indemnité pour les avantages qu'il en aura retirés.

980. — Le premier exemple que l'article 1437 nous donne de ce principe est à la fois le plus simple et l'un des plus fréquents : l'époux doit récompense des sommes qu'il a prises dans la communauté pour payer ses dettes propres.

C'est ainsi que, d'après l'article 1412, il est dû récompense à la communauté qui aurait payé les dettes d'une succession purement immobilière échue à l'un des époux. C'est ainsi encore que, d'après l'article 1469, il y a lieu à récompense pour les biens de communauté qui ont servi à l'un des époux à doter un enfant d'un autre lit, ou à doter personnellement l'enfant commun.[1]

Dans le même ordre d'idées, l'époux doit récompense des sommes qu'il a employées pour payer le prix ou le

[1] *Suprà*, Tome II, nos 720 et suiv.

complément du prix encore dû d'un immeuble propre, pour dégrever un propre des servitudes qui existaient sur cet immeuble, et pour créer des servitudes au profit de cet immeuble sur des héritages voisins.

981. — Pothier nous fournit plusieurs exemples de récompenses dues pour des causes analogues : les sommes payées par l'un des époux comme charge d'une donation à lui faite, la soulte fournie par lui à l'occasion d'un partage immobilier, les remboursements qu'il a dû faire en exerçant un réméré ou une action en rescision pour lésion, le supplément du prix qu'il a fourni pour arrêter l'action en rescision dirigée contre lui, donneront lieu à récompense, lorsque la communauté aura fourni les fonds avec lesquels ces paiements ont été effectués.[1]

Il faut en dire autant des capitaux employés à rembourser une dette hypothécaire, dont était grevé l'immeuble de l'un des époux. Sans doute cette dette est mobilière et entre en communauté, malgré l'hypothèque qui la garantit, ainsi que nous l'avons reconnu :[2] mais elle est relative à l'immeuble propre de l'un des époux, et cela suffit, aux termes de l'article 1409, pour qu'elle n'entre dans la communauté que sauf récompense.[3]

Il en sera de même si la femme emploie une portion de ses revenus à rembourser tout ou partie des dettes qui grèvent ses immeubles : la raison de décider est toujours la même, l'un des époux ne peut s'enrichir aux dépens de la communauté.[4]

982. — Les rentes viagères dues par l'un des époux peuvent donner lieu à récompense au profit de la com-

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n°s 627-632.

[2] *Suprà*, Tome II, n° 583.

[3] Paris, 18 mars 1872, Sirey, 72, II, 44, et Dalloz, 73, II, 19. — Pothier, *Traité de la communauté*, n° 432; Laurent, XXII, n° 473; et *suprà*, Tome II, n° 611.

[4] Cassation, II, 20 août 1872, Dalloz, 72, I, 406. — Laurent, XXI, n° 34.

munauté, lorsqu'elles sont dues à propos d'un immeuble propre, et dans la mesure où ces rentes ont dépassé les revenus de l'immeuble à l'occasion duquel elles ont été créées.

Cette solution est en harmonie avec celle que nous avons adoptée, lorsque l'époux aliène une rente viagère à lui propre : nous avons admis que la communauté, qui a reçu le prix de la cession, en devait récompense, déduction faite de la différence entre les intérêts du prix et le montant de la rente viagère.[1] De même ici, lorsque l'époux acquiert un propre moyennant la charge d'une rente viagère que paie la communauté, cette rente se compose de deux parties : une portion équivalente aux revenus de l'immeuble, revenus dont la communauté profite et dont le prix ne peut donner lieu à récompense; et une portion représentant la valeur en capital de l'immeuble, immeuble qui reste propre. Pour cette dernière fraction du prix, c'est l'époux qui en profite, et il ne pourrait la garder sans s'enrichir aux dépens de la communauté.

C'est ce qui arrivera si l'époux acquiert un immeuble à titre onéreux, moyennant le paiement d'une rente viagère,[2] ou s'il le reçoit à titre de donation, mais avec la charge de servir une rente viagère à une personne désignée dans l'acte de donation.[3]

983. — Les impenses faites pendant le cours de la communauté, sur les biens d'un des époux, aux frais de la communauté, donneront fréquemment lieu à récompense : le principe est posé dans l'article 1437, d'après lequel il est dû récompense pour la conservation ou l'amélioration des biens personnels des époux.[4]

[1] *Suprà*, Tome II, n°s 916-917.

[2] Bordeaux, 10 mai 1871, Sirey, 71, II, 136, et Dalloz, 71, II, 219.

[3] Trib. de Nogent-le-Rotrou, 30 décembre 1871, Sirey, 72, II, 209, et Dalloz, 73, III, 48.

[4] *Voir*, sur cette matière, une intéressante monographie de M. Félicien Grivel, *Des impenses faites sur les immeubles des*

Pour déterminer dans quels cas ces impenses faites par la communauté sur les biens propres de l'un des époux donnent lieu à récompense, il faut faire plusieurs distinctions.

On doit écarter, d'abord, les réparations d'entretien ou usufructaires, qui ne donneront jamais lieu à récompense : en effet, la communauté jouit des biens propres des époux comme le ferait un usufruitier, elle doit donc supporter *de suo* les réparations d'entretien, qui constituent une charge des revenus, qu'un bon père de famille ne doit pas prendre aux dépens de son capital.

Dans le système du Code, il est très facile de déterminer quelles sont, à ce point de vue, les réparations d'entretien. L'article 606, au titre *De l'usufruit*, s'exprime dans les termes suivants : « Les grosses réparations sont celles des « gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres « et des couvertures entières, celui des digues et des « murs de soutènement et de clôture aussi en entier. « *Toutes les autres réparations sont d'entretien.* » Ainsi toutes les réparations qui ne sont pas comprises dans l'énumération de l'article 606 sont des réparations d'entretien, que la loi met à la charge de l'usufruitier et qui doivent être mises, par identité de motifs, à la charge de la communauté.

984. — La solution devra-t-elle être la même pour les réparations d'entretien qui étaient nécessaires au moment du mariage? La question est controversée.

Pour soutenir que la communauté aura droit à récompense à raison de ces réparations, on invoque les deux motifs suivants : en premier lieu, la communauté n'est obligée qu'à entretenir les immeubles des époux dans l'état où elle les a reçus ; en second lieu, ces réparations, dont la communauté n'était pas tenue, ont augmenté

deux époux sous tous les régimes, REVUE PRATIQUE, 1882, p. 385 et suiv., et 1883, p. 203 et suiv., et 414 et suiv.

la valeur du propre, et, d'après la règle de l'article 1437, cette augmentation de valeur doit donner lieu à récompense.[1]

Cette opinion doit, à notre avis, être rejetée. Sans doute, lorsqu'il s'agit de l'usufruit ordinaire, on s'accorde à reconnaître que l'usufruitier n'est pas tenu de faire les réparations d'entretien qui étaient nécessaires au moment de son entrée en jouissance : cette solution est commandée par l'article 600, qui porte que l'usufruitier prend les immeubles dans l'état où ils sont, et par l'article 605, qui ne rend l'usufruitier responsable des conséquences du défaut de réparations d'entretien que depuis l'ouverture de l'usufruit.[2] Mais toute autre est la situation de la communauté : elle ne profite pas seulement de la jouissance des immeubles de l'époux, elle prend toute sa fortune mobilière, toutes ses économies, qui entrent en communauté, d'après la règle de l'article 1401. Or, l'obligation de remettre les immeubles en bon état, de faire les réparations en retard grève ces économies : si l'époux eût bien géré, ces réparations auraient été faites, et les économies diminuées d'autant ; ou bien encore le futur époux aurait emprunté pour faire ces réparations, et l'emprunt serait à la charge de la communauté, aux termes de l'article 1409, 1°. La communauté, en faisant faire les réparations d'entretien, accomplit donc une obligation qui grève les capitaux devenus les siens, et elle ne peut en demander récompense.[3]

985. — Il y a encore une catégorie de dépenses qu'il faut assimiler aux réparations d'entretien, et pour lesquelles il ne sera dû aucune récompense à la communauté : ce sont les dépenses faites pendant la durée de la communauté pour la préparation des récoltes ; ces dépenses cons-

[1] Proudhon, *Traité de l'usufruit*, V, n° 2661.
[2] Demolombe, *Cours de Code civil*, X, n° 572.
[3] Grivel, *Des impenses faites sur les immeubles des deux époux*, n° 109.

tituent une charge des fruits dont elles déterminent ou dont elles améliorent la production, et elles sont à la charge de la communauté, qui profitera de ces fruits.[1]

Cette solution doit être appliquée sans difficulté aux dépenses faites pour les récoltes excrues et recueillies pendant la communauté.

986. — Mais, si la communauté a fait des dépenses pour la préparation d'une récolte qui est pendante par branches ou par racines, lorsque la communauté vient à se dissoudre, l'époux qui reprend son fonds à la veille de la récolte devra-t-il une indemnité à raison de ces frais ?

En matière d'usufruit, l'article 585 décide que le nu propriétaire ne doit aucune récompense pour ces frais de labours et de semences ; et une opinion soutient que ce texte doit être appliqué à la communauté usufruitière, par les motifs suivants :

« Il faut, dit M. Bugnet, par un argument *a fortiori*, « étendre l'article 585 à la communauté : il est utile et « moral de prévenir les difficultés et les procès entre le « survivant et les héritiers du prédécédé. Or, quoi de « plus compliqué et de plus difficile à apprécier que le « montant de ces indemnités ? Car, si le principe est vrai, « il ne s'agira pas simplement des labours et semences. Il « faudra encore s'occuper des engrais, non seulement an- « nuels, mais périodiques, il faudra rembourser à la com- « munauté les impôts des forêts, les frais de garde de plu- « sieurs années. Les liquidations de communauté sont déjà « bien assez compliquées d'ailleurs, sans y faire entrer « encore de pareils éléments de discorde.

« On oppose l'article 1437, d'après lequel il est dû récom- « pense toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un « profit personnel des biens de la communauté, mais l'es- « prit de cet article est suffisamment manifesté par les « exemples qu'il énumère ; il s'agit de profits qui ont aug-

[1] Grivel, *Op. citat.*, n° 115.

« menté comme *capital ;* ainsi paiement des dettes per-
« sonnelles, recouvrement d'un immeuble, rachat d'une
« servitude passive, grosses réparations, constructions, tels
« sont les profits qui tournent réellement et dès leur prin-
« cipe à l'avantage perpétuel de l'un des époux, et pour
« lesquels il est dû récompense. Mais tout cela n'a rien de
« commun avec des dépenses annuelles ou périodiques,
« faites uniquement en contemplation des fruits, et qui doi-
« vent être considérées comme charges des fruits, et sans
« récompenses. »[1]

987. — Nous croyons qu'il sera dû récompense à la communauté pour les frais de labours, de semences et plus généralement de préparation des récoltes qu'elle n'aura pas faites, et que l'époux va faire à sa place.

C'était la solution de notre ancien droit, consacrée formellement par les articles 231 de la coutume de Paris et 207 de la coutume d'Orléans : « La perception des fruits,
« dit Pothier, que fait le propriétaire de l'héritage après
« la dissolution de la communauté, étant une affaire qui le
« concerne seul et dont il profite seul, il doit récompense
« à la communauté du montant des frais qui ont été faits par
« la communauté pour faire venir les dits fruits, comme
« ayant été faits pour une affaire qui lui est particulière et
« dont il profite seul. »[2]

Sous le Code civil, l'article 1437 suffit pour nous permettre d'affirmer que la doctrine ancienne a été maintenue : il est certain en effet que les frais faits pour la préparation de la récolte enrichissent l'époux, il en doit donc récompense.

On objecte que la règle de l'article 1437 n'est écrite que pour les augmentations de *capital :* mais c'est ce que nous contestons absolument. Après avoir donné des exemples,

[1] Bugnet, sur Pothier, *Traité de la communauté*, n° 213, *note* 1. — *Compar.* Bordeaux, 3 février 1873, Sirey, 74, II, 107.

[2] *Traité de la communauté*, n°s 212-213.

ce texte formule une règle dont la généralité embrasse tous les profits que l'époux peut faire aux dépens de la communauté, aussi bien ceux qui résultent de la préparation de la récolte que des améliorations aux immeubles.

On ne comprendrait pas, d'ailleurs, qu'il en fût différemment : l'indemnité due pour frais de la récolte est une indemnité comme une autre, et souvent même il sera plus facile d'en déterminer le montant que lorsqu'il s'agit d'améliorations, souvent plus ou moins contestables.[1]

988. — Il faut apporter à la règle que nous venons d'indiquer, et d'après laquelle il est dû indemnité à la communauté pour les frais de préparation de la récolte, une exception pour le cas où les biens propres de l'époux étaient affermés à un colon partiaire : aucuns frais de culture n'ont été déboursés dans cette hypothèse par la communauté usufruitière, et par suite il ne lui est dû aucune récompense.[2]

989. — Les frais de préparation de la récolte, dont nous venons de parler, ne sont pas seulement les frais de labour et d'ensemencements, mais toutes les dépenses faites en vue de la récolte dont va profiter l'époux : achat et transport de fumiers dans les terres de labour, travaux d'irrigation ou de dessèchement dans les prairies, frais de garde et d'aménagement des bois taillis, sarclage et nettoyage des récoltes, préparation des plants de vigne, etc..., en un mot tous les travaux qui ont été utiles à la récolte

[1] Rennes, 26 janvier 1828, Sirey, C. N., IX, II, 24; Douai, 20 décembre 1848, Sirey, 49, II, 544, et Dalloz, 50, II, 192. — Glandaz, ENCYCLOPÉD. DU DROIT, V° *Communauté*, n° 68; Troplong, II, n° 1195; Rodière et Pont, III, n° 1475; Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 7, p. 368; Grivel, *Op. citat.*, n° 118; Ménesson, *Essai sur les récompenses sous le régime de la communauté légale*, p. 248-253. — *Compar.* Rouen, 3 mars 1853, Sirey, 54, II, 31; Limoges, 31 août 1863, Sirey, 64, II, 204.

[2] Pau, 23 mai 1877, Sirey, 77, II, 333, et Dalloz, 78, II, 190.

devront donner lieu à indemnité de la part de l'époux propriétaire du fonds.[1]

990. — De même que nous venons de constater le désaccord qui règne entre les principes de la communauté et ceux de l'usufruit, à propos des récoltes pendant par branches ou par racines à la dissolution de la communauté, de même nous allons constater un désaccord à propos des récoltes en retard, et plus spécialement des coupes de bois taillis qui n'ont pas été faites à l'époque fixée par l'usage.

Aux termes de l'article 590, l'usufruitier ou ses héritiers n'ont droit à aucune indemnité pour les coupes qu'ils auraient dû faire et qu'ils n'ont pas faites pendant la durée de leur jouissance. Au contraire, si c'est la communauté qui devait faire la coupe et qui ne l'a pas faite, l'époux qui profite de ce retard devra à la communauté une indemnité proportionnelle, dans la mesure où ce retard lui profite.[2]

991. — Après avoir écarté comme ne donnant pas lieu à récompense les réparations d'entretien, et les dépenses afférentes aux récoltes dont la communauté a profité, examinons quelles sont les dépenses faites sur les immeubles propres des époux qui donnent lieu à récompense.

Les grosses réparations faites à un propre par la communauté donnent lieu à récompense : c'est l'application textuelle de l'article 1437, puisque c'est là une dépense faite pour « *la conservation* » des biens personnels de l'un des époux.

Il n'en serait différemment que si les grosses réparations avaient été rendues nécessaires par le défaut de réparations d'entretien, comme si une couverture entière venait à s'effondrer, parce que, depuis plusieurs années, on n'a fait aucun travail pour l'entretenir. En pareil cas, l'article 605 met les grosses réparations à la charge de l'usufruitier, et il doit en être de même de la communauté.[3]

[1] Grivel, *Op. citat.*, n° 122.
[2] Ménesson, *Op. citat.*, p. 274-275.
[3] Grivel, *Op. citat.*, n° 89.

992. — Les dépenses faites sur l'immeuble propre de l'un des époux par la communauté peuvent être de trois sortes : nécessaires, utiles et voluptuaires.

Les dépenses nécessaires sont celles sans lesquelles l'immeuble de l'époux aurait péri ou aurait été gravement détérioré ; telles sont les grosses réparations, qui constituent au premier chef une dépense nécessaire : « Les impenses « nécessaires, dit Pothier, sont celles qu'il est indispensa- « ble de faire : *Necessariæ (impensæ) dicuntur, quæ habent « necessitatem impendenti :* L. 1, § 1er, ff., *de impens. in « res dotal.* Telles sont la réfection à neuf d'un gros mur « de la maison propre de l'un des conjoints, la réfection « entière de la couverture, dont la charpente ne vaut plus « rien, etc... »[1]

Les dépenses utiles sont celles qui améliorent l'immeuble propre, mais sans lesquelles cet immeuble pouvait vivre : « Ce sont, dit Pothier, celles qu'on pouvait se passer de « faire, mais qui augmentent le prix de l'héritage sur lequel « elles ont été faites. »[2] Les constructions nouvelles présentent en général ce caractère : elles augmentent la valeur du fonds, mais on aurait pu ne pas construire.

Enfin les dépenses voluptuaires sont les dépenses de pur agrément, qui n'augmentent pas la valeur du fonds, mais qui donnent certaines jouissances à celui qui possède ce fonds : telles sont les dépenses d'ornementation exceptionnelles faites à un édifice, tentures ou papiers de prix, peintures coûteuses ; tels sont les mouvements de terre ayant pour but le coup d'œil d'un parc, la création de pièces d'eau, la plantation d'arbres d'espèces rares, etc...

993. — La ligne de démarcation qui sépare les dépenses utiles des dépenses voluptuaires est parfois assez difficile à tracer, car tout dépend de la nature, de la destination et de l'importance du fonds sur lequel ces dépenses sont

[1] *Traité de la communauté,* n° 635.
[2] *Op. et loc. citat.*

faites : telle dépense, qui devra être en général considérée comme voluptuaire, peut être dans certains cas une dépense utile.

Cette distinction a été très bien indiquée par Pothier : « Observez, dit-il, que les impenses pour les mêmes choses peuvent, selon les différents lieux où elles sont faites, « être différemment considérées. Par exemple, les mêmes « embellissements qu'on fait dans les appartements d'un « château à la campagne, et qui y sont considérés comme « impenses purement voluptuaires, parce qu'elles n'augmentent ni le revenu ni la valeur de la terre ; lorsqu'ils « sont faits au contraire dans une maison de Paris, ou de « quelque autre grande ville, ils sont considérés comme « impenses utiles, parce qu'ils augmentent le revenu de la « maison, dont on tire un plus gros loyer par rapport à ces « embellissements. »[1]

Ainsi la cour de Besançon a jugé que l'établissement d'un chenil dans une forêt pouvait être considéré comme une dépense non pas seulement voluptuaire, mais utile, à raison de l'étendue de la forêt où il était construit et de l'importance de la fortune de l'époux sur le propre duquel la construction était faite.[2] Cette solution, qui nous paraît bien rendue dans les circonstances particulières de la cause, montre que la distinction entre les dépenses utiles et les dépenses voluptuaires n'est point absolue, mais qu'elle dépend des circonstances.

994. — La même observation doit être faite à propos de la distinction entre les dépenses nécessaires et les dépenses utiles : c'est une question qui doit être décidée, dans chaque affaire, d'après les circonstances.

Ainsi, en thèse générale, la construction d'un édifice est une dépense utile, ainsi que nous l'avons dit, mais n'est point une dépense nécessaire :[3] toutefois il peut arriver

[1] *Op. et loc. citat.*
[2] 3 mars 1863, Dalloz, 63, II, 49.
[3] Douai, 16 juillet 1853, Dalloz, 54, II, 62.

que cette dépense doive être regardée comme nécessaire. Nous en citerons deux exemples : sur un domaine qui appartient à l'un des époux, il existe une maison d'habitation qui n'est en rapport ni avec l'importance du domaine, ni avec la fortune et la condition de l'époux propriétaire ; les dépenses faites pour édifier une maison nouvelle et plus confortable à la place de l'ancienne pourraient être regardées comme des dépenses nécessaires.[1] Ou bien la maison appartenant à l'un des époux au milieu d'une ville, dans un quartier populeux, est détruite par un incendie, ou démolie par ordre de l'autorité administrative et pour cause d'utilité publique : la reconstruction d'une maison sur ce terrain, qui ne comporte pas d'autre destination, est une dépense nécessaire.[2]

995. — Cette distinction des dépenses faites par la communauté sur le bien propre de l'un des époux en dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires, présente un grand intérêt, au point de vue du chiffre de la récompense due à la communauté : pour les dépenses nécessaires, le montant de la récompense est égal au chiffre de la dépense, et pour les dépenses voluptuaires ou de simple agrément, qui n'ont donné aucune plus-value au fonds, elles ne donnent lieu à aucune récompense ; cela est vrai, au moins dans la théorie que nous adoptons, car une théorie soutient, comme nous le dirons, que les dépenses voluptuaires donnent parfois lieu à récompense.

Quant aux dépenses utiles, c'est, comme nous le verrons au n° II de notre paragraphe II, *Quel est le montant de la récompense due à la communauté,* une question controversée que de savoir quel est le chiffre de la récompense due à la communauté : mais nous annonçons dès à présent que nous adopterons l'opinion traditionnelle, qui limite à la plus-value procurée à l'immeuble le montant de la récompense due à la communauté.

[1] Bordeaux, 22 janvier 1880, Sirey, 81, II, 76.
[2] Cassation, 9 novembre 1864, Sirey, 65, I, 46, et Dalloz, 65, I, 169.

996. — Serait-il dû récompense pour les dépenses nécessaires faites à un immeuble propre, si cet immeuble vient à périr avant la dissolution de la communauté ? En principe, on s'accorde à répondre affirmativement; puisque la dépense était nécessaire à l'époque où elle a été faite, le droit à la récompense est né à ce moment au profit de la communauté, et les événements ultérieurs ne peuvent modifier ce droit.

Mais une théorie soutient que si la dépense a été faite sur un immeuble de la femme, celle-ci ne sera pas toujours tenue d'indemniser la communauté.

Il peut arriver en effet, dit-on, que ces dépenses soient très considérables, hors de proportion avec la fortune de la femme, et qu'elle n'ait pas voulu consentir à l'exécution des travaux : il serait alors injuste de lui en faire supporter le montant, malgré la volonté par elle exprimée que les dépenses n'aient pas lieu. De même, si le mari a fait exécuter à l'immeuble de la femme de grosses réparations qu'un administrateur intelligent n'eût pas fait exécuter, car la dépense était bien supérieure au profit que l'on en pouvait retirer : c'est une maison qui menaçait ruine, mais les dépenses nécessaires pour la consolider étaient telles qu'il eût mieux valu la faire abattre.

Dans ces divers cas, dit-on, lorsque le mari a accompli des travaux qu'un bon père de famille n'eût pas exécutés, il a dépassé les limites des pouvoirs que lui donne l'article 1428, et la femme n'est pas tenue de ratifier ce qu'il a fait en dehors de son mandat et contrairement aux intérêts de la femme.[1]

997. — Il nous est impossible d'accepter cette théorie, et nous croyons que la femme, comme le mari, doit récompense pour toute dépense *nécessaire* faite à l'un de ses immeubles, lors même que cet immeuble aurait ensuite péri avant la dissolution de la communauté.

[1] Grivel, *Op. citat.*, n° 139.

Cette doctrine était celle de notre ancien droit, et voici comment Pothier la motivait : « La raison est que, l'im-
« pense *étant supposée nécessaire et indispensable*, si elle
« n'eût pas été faite des deniers de la communauté, le
« conjoint propriétaire de l'héritage eût été obligé de la
« faire de ses propres deniers, ou de ceux qu'il aurait em-
« pruntés d'un tiers. C'est pourquoi, quoique l'impense ne
« subsiste plus, il profite toujours de la somme qu'il a tirée
« de la communauté, en ce qu'elle lui a épargné de tirer une
« pareille somme de son propre fonds, ou de l'emprunter
« d'un tiers : *Hactenus locupletior est, quatenus propriæ*
« *pecuniæ pepercit.* »[1]

Cette théorie doit être également admise sous l'empire du Code civil, car elle est en complète harmonie avec les principes qu'il pose : le mari a le droit d'administrer les immeubles propres de la femme, aux termes de l'article 1428, et les réparations nécessaires constituent au premier chef un acte d'administration. D'un autre côté, lorsque la dépense a été *nécessaire* au moment où elle était faite, il est impossible de rechercher ensuite si, au moment de la dissolution de la communauté, elle a été *utile* à la femme.

Voici, à notre avis, la confusion que commet la théorie que nous combattons : elle reconnaît le caractère de dépenses nécessaires à des dépenses qui n'avaient pas ce caractère au moment où elles ont été faites. Prenons l'exemple qu'elle donne : la femme est propriétaire d'une maison qui menace ruine, et les travaux à faire pour la consolider dépassent de beaucoup le profit qu'on peut retirer de la maison réparée. Selon nous, cette dépense, qu'il a plu au mari de faire malgré l'opposition de sa femme, n'est ni nécessaire ni même utile : c'est un acte de mauvaise administration, et la femme qui n'en retire aucun profit, la maison ayant péri par cas fortuit avant la dissolution de la communauté, n'aura aucune récompense à payer.

[1] *Traité de la communauté*, n° 635.

C'est qu'en effet, comme nous l'avons dit, le caractère nécessaire ou utile des dépenses n'est point une chose abstraite : à propos de chaque dépense, il faut examiner les circonstances dans lesquelles elle a été faite, et le caractère de nécessité ou d'utilité n'est déterminé que par l'examen de ces circonstances.

Notre conclusion est donc celle-ci : il faudra, avant tout, examiner, à propos des dépenses prétendues nécessaires faites sur les immeubles de la femme, si elles ont vraiment ce caractère ; il ne suffira point, par exemple, que ce soient de grosses réparations, il faudra encore qu'elles aient constitué un acte de bonne administration au moment où elles ont été faites. Mais, une fois cette nécessité démontrée, elles donneront lieu à récompense, lors même que l'immeuble sur lequel elles ont été faites aurait péri avant la dissolution de la communauté.

998. — Dans quels cas la constitution d'une rente viagère sur la tête de l'un des époux, avec des deniers de communauté, peut-elle donner lieu à récompense? La solution de cette question dépend du parti que l'on adopte sur le caractère de ces constitutions de rente : nous devons donc nous référer, sur ce point, aux solutions que nous avons admises au chapitre I, *De l'actif de la communauté.*[1]

Si la rente viagère a été créée au profit des deux époux ou de l'un d'eux, mais sans clause de reversibilité au profit du survivant, nous avons admis que la rente n'était pas propre à l'époux sur la tête duquel elle était constituée, mais qu'elle entrait en communauté, et qu'elle devait être comprise dans la masse des biens partageables à la dissolution de la communauté : dans ce système, il ne peut être question de récompense, puisque l'époux ne recueille aucun profit de la rente viagère créée sur sa tête.

999. — Si la rente viagère est constituée avec les deniers de la communauté au profit des deux époux, avec

[1] *Suprà,* Tome, I, nos 375-377.

reversibilité sur la tête du survivant, notre solution a été que la stipulation de reversibilité était valable, mais qu'il était dû récompense à la communauté à raison des avantages que la réversion de cette rente procure à l'époux. C'est l'application du principe de l'article 1437 : l'époux survivant recueille un avantage, puisqu'il profitera de la rente à partir de la dissolution de la communauté, il en doit récompense.[1]

1000. — Chaque époux devra récompense à la communauté des valeurs qu'il en aurait distraites illégalement, et dans le but de se procurer un avantage en fraude des droits de son conjoint.

Ce principe s'appliquera particulièrement au mari, auquel sa situation de seigneur et maître de la communauté permet plus facilement des fraudes de cette nature. Déjà nous avons dit, en traitant des pouvoirs du mari comme administrateur de la communauté, qu'il ne pouvait disposer des biens de la communauté en fraude des droits de la femme, et nous avons indiqué des exemples d'actes par lesquels cette fraude pouvait s'accomplir.[2]

Dans ces diverses hypothèses, l'époux, et en particulier le mari, devront récompense à la communauté, dans la mesure du profit qu'ils ont retiré de l'acte frauduleux, ainsi que nous le dirons au n° II de notre § II, *Quel est le montant de la récompense due à la communauté.*

1001. — Si les deux époux ont donné conjointement des biens de communauté, donation dont nous avons reconnu la validité,[3] même à d'autres qu'à leurs enfants, cette donation ne peut donner lieu à récompense.

Il n'en serait autrement que si l'un des époux retirait de cette donation un avantage personnel, par suite d'une charge imposée au donataire : il devrait alors récompense, en vertu de notre article 1437.[4]

[1] *Suprà*, Tome I, n° 377, et les autorités qui y sont citées.
[2] *Suprà*, Tome II, n°s 737-740.
[3] *Suprà*, Tome II, n° 702.
[4] Cassation, 29 avril 1851, Sirey, 51, I, 329, et Dalloz, 52, I, 25. — Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 10, p. 369.

Enfin, s'il s'agissait d'une donation d'effets mobiliers à titre gratuit et particulier, faite par le mari au profit d'enfants d'un premier lit, nous avons indiqué, avec l'article 1469, qu'il en devait récompense ; tandis que, dans la théorie par nous adoptée, il ne devra jamais récompense pour des donations de cette nature qu'il aurait faites au profit d'autres personnes, s'agit-il de ses parents au degré successible, du moment où il n'en retire aucun profit personnel.[1]

1002. — II. *Quel est le montant de la récompense due à la communauté.* — Nous allons écarter immédiatement les hypothèses dans lesquelles la fixation du chiffre de la récompense ne peut faire difficulté.

La première est celle où le montant de la somme, prise dans la communauté, est égal au profit que l'époux a retiré de l'opération qu'il a faite pour lui-même : les deux chiffres n'en font qu'un, et le montant de la récompense se trouve ainsi déterminé.

La seconde hypothèse, qui ne peut non plus donner prise à la controverse, est celle où il a été fait, aux frais de la communauté, des dépenses *nécessaires* sur les immeubles propres de l'un des époux. Un gros mur a été reconstruit, une couverture entière relevée, et, dans la théorie que nous avons adoptée,[2] une maison incendiée reconstruite sur un terrain qui ne pouvait recevoir d'autre destination.

Dans toutes ces hypothèses, où la nécessité de la dépense est démontrée, le chiffre de la récompense sera celui de la somme déboursée par la communauté, sans que l'on ait à rechercher dans quelle mesure l'héritage de l'époux a profité de cette dépense.

C'était la solution de notre ancien droit, ainsi que l'indique Pothier dans un passage que nous avons déjà cité en partie à propos d'une autre question,[3] et dont nous allons citer l'autre partie :

[1] *Suprà*, Tome II, nos 713-721.
[2] *Suprà*, Tome II, n° 994.
[3] *Suprà*, Tome II, n° 996.

« Le conjoint propriétaire de l'héritage, sur lequel l'im-
« pense nécessaire a été faite, doit toujours récompense à
« la communauté de la somme qu'elle a coûtée à la commu-
« nauté, quand même la chose pour laquelle l'impense a
« été faite ne subsisterait plus..... La raison est que l'im-
« pense étant supposée nécessaire et indispensable, si elle
« n'eût été faite des deniers de la communauté, le conjoint
« propriétaire de l'héritage eût été obligé de la faire de
« ses propres deniers, ou de ceux qu'il aurait empruntés
« d'un tiers.....

« La somme due pour cette espèce de récompense peut
« se justifier par les quittances des marchands et ouvriers,
« lorsqu'elles se trouvent parmi les papiers de la commu-
« nauté, ou par un journal sur lequel serait inscrite la dé-
« pense. A défaut de ces titres, il faut avoir recours à
« l'estimation par experts, qui doivent estimer ce qu'il
« en a pu coûter à la communauté pour ces sortes d'im-
« penses. »[1]

La même solution doit être suivie aujourd'hui, car le motif donné par Pothier est toujours vrai : du moment où la nécessité de la dépense est reconnue, si la communauté ne l'avait pas faite, l'époux l'aurait faite. Il a donc profité de toute la somme dépensée, puisqu'il a épargné d'autant ses propres deniers.

« Considérant, dit très bien la cour de Bordeaux dans un
« arrêt du 22 janvier 1880, que, pour les dépenses néces-
« saires, la récompense doit être de la totalité des sommes
« employées, parce que le mari a, en totalité, profité de
« tout ce qu'il a déboursé en demandant à la communauté
« les fonds dont il avait besoin, au lieu de les prélever sur
« sa fortune personnelle qu'il aurait diminuée du montant
« intégral des dépenses. »

Ajoutons que c'est la solution admise dans toutes les parties de notre droit civil, toutes les fois que le maître de

[1] *Traité de la communauté*, n° 635.

la chose doit rembourser à un tiers les dépenses nécessaires faites par celui-ci sur son fonds. Elle est écrite textuellement dans l'article 862, lorsqu'il s'agit des remboursements à faire au donataire qui effectue un rapport en nature ; et elle est universellement admise dans les relations du maître et du gérant d'affaires.[1] Il n'y a donc pas à hésiter à l'admettre en notre matière.[2]

1003. — S'il s'agit de dépenses utiles, d'améliorations apportées aux frais de la communauté aux propres de l'un des conjoints, la question de savoir quel est le montant de la récompense due à la communauté est controversée. Ainsi l'on bâtit, sur le sol appartenant à l'un des conjoints, une construction nouvelle ; ou l'on transforme en une magnifique habitation la modeste maison qui y était construite : quelle récompense l'époux devra-t-il payer pour ces améliorations ?

Une théorie soutient qu'en principe la récompense devra être de toute la somme déboursée par la communauté : la communauté joue le rôle d'un banquier, et, si elle fait des avances dans l'intérêt de l'un ou de l'autre des époux, elle devra être remboursée de l'intégralité de ces avances.

« Quand un époux, dit Marcadé, se sert des deniers de la « communauté, comme quand la communauté s'approprie « le capital d'un époux, la communauté d'une part et l'é- « poux de l'autre jouent le rôle d'un emprunteur et d'un « prêteur ; or, n'est-il pas clair que l'obligation d'un em- « prunteur est, ni plus ni moins, de rendre la somme qu'on « lui a prêtée, sans qu'il y ait à rechercher si l'emploi qu'il « en a fait a été plus ou moins avantageux, si son profit a « été supérieur ou inférieur à la somme fournie?... En vain

[1] Demolombe, *Cours de Code civil*, XXXI, n° 187.

[2] Cassation, 9 novembre 1864, Sirey, 65, I, 46, et Dalloz, 65, I, 169 ; Bordeaux, 22 janvier et 23 novembre 1880, Sirey, 81, II, 76. — Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 4, p. 367 ; Colmet de Santerre, VI, n° 84 *bis* IV ; Laurent, XXII, n° 482 ; Grivel, *Op. citat.*, n° 163.

« on répond que la communauté, à la différence d'un prê-
« teur ordinaire, trouve son avantage dans la jouissance
« qu'elle a de la chose améliorée, ce qui lui apporte une
« compensation de la perte qu'elle fera en recevant moins
« qu'on ne lui a pris. C'est une idée manifestement fausse,
« puisque l'avantage que la communauté tire de l'amélio-
« ration donnée au propre, elle l'eût eu dans les intérêts ou
« dans tout autre emploi de son capital, en sorte que rien
« ne compense la perte qu'on voudrait lui faire subir d'une
« fraction de ce capital... En vain aussi on argumente de
« la maîtrise du mari sur la communauté pour en conclure
« que ce mari doit jouir ici d'une grande latitude, et qu'il
« lui suffit de rendre, non pas ce que ses affaires ont coûté
« à la communauté, mais seulement ce dont ces affaires
« l'ont enrichi. Cette manière de voir était assez naturelle
« autrefois, quand le mari était vraiment seigneur et
« maître de la communauté ; mais elle ne pourrait être ad-
« mise aujourd'hui, en présence des justes limitations ap-
« portées à ce droit absolu par le Code : il est tout simple
« aujourd'hui, il est conforme à l'esprit de notre droit mo-
« derne que le mari, aussi bien que la femme, rende la
« communauté indemne ; or, la rendre indemne, ce n'est
« pas lui payer l'équivalent de ce dont on s'est enrichi,
« c'est lui restituer, ni plus ni moins, ce qu'on lui a
« pris. »[1]

1004. — Examinons maintenant les conséquences auxquelles arrivent les partisans de la doctrine que nous venons d'exposer.

Logiquement, cette théorie devrait admettre les résultats suivants : qu'il s'agisse d'impenses *utiles* ou d'impenses

[1] Marcadé, V, article 1437, II. — *Sic* Paris, 6 août 1872, Sirey, 72, II, 175, et Dalloz, 72, V, 94; Limoges, 25 avril 1877, Sirey, 78, II, 20. — Proudhon, *Traité de l'usufruit*, V, n° 2661 ; Demante, *Programme*, III, p. 84; Bugnet, sur Pothier, VII, n° 626, note I; Rodière et Pont, II, n° 960; Massé et Vergé, IV, p. 128, note 37; Laurent, XXII, n°s 476-478.

voluptuaires, du moment où la communauté est considérée comme un banquier avançant des fonds dans l'intérêt des époux, elle doit être indemnisée intégralement de ce qu'elle a avancé, sans que l'on ait ni à examiner le montant de la plus-value, s'il s'agit d'impenses utiles, ni à se préoccuper de l'absence complète de plus-value, s'il s'agit d'impenses voluptuaires.

Mais ces conséquences sont loin d'être uniformément acceptées.

S'il s'agit d'impenses utiles faites par le mari sur son fonds, on admet que le montant de la récompense due par le mari sera de toute la somme déboursée par la communauté, sans avoir égard à la plus-value : mais s'il s'agit d'améliorations faites sur un immeuble de la femme, on reconnaît en général, dans cette théorie, que la femme n'est obligée que dans la mesure de la plus-value conférée à son héritage.

« Le mari, dit M. Laurent, administre mal, en exécutant « (sur les immeubles de la femme) des travaux d'agré- « ment, ou même des travaux utiles qui ne procurent pas « un avantage équivalent à la dépense. Il est responsable « de sa mauvaise gestion. Il en résulte que la femme est « tout ensemble débitrice et créancière de la commu- « nauté ; débitrice de la récompense, créancière à raison « de l'action en dommages-intérêts qu'elle a contre son « mari. En définitive, elle ne sera tenue à raison des dé- « penses faites par son mari que jusqu'à concurrence du « bénéfice qu'elle en a retiré, bénéfice qui représente ce « que la gestion du mari a d'utile pour elle, et il n'y a que « les actes de bonne gestion qui l'obligent. »[1]

Toutefois les partisans de cette doctrine se divisent sur l'effet de la participation de la femme aux travaux utiles faits sur son fonds. Tandis que les uns en déduisent cette

[1] Laurent, XXII, n° 484. — *Sic* Massé et Vergé, Rodière et Pont, et Bugnet, *Op. et loc. citat.*

conséquence que la femme, qui a consenti aux travaux, devra payer le montant intégral de ce qu'ils ont coûté,[1] les autres déclarent que la participation plus ou moins volontaire de la femme à ces travaux n'augmente pas son obligation : sous le régime de la communauté, c'est toujours le mari, administrateur légal du patrimoine de la femme, qui est l'ordonnateur des dépenses ; il est donc responsable du peu d'utilité de ces dépenses, qu'il les ait directement commandées ou qu'il n'ait fait que les approuver.[2]

1005. — S'il s'agit d'impenses voluptuaires, l'accord n'est pas plus complet entre les partisans de la doctrine que nous exposons : les uns, d'accord avec la logique de leur système, décident que le mari devra rembourser à la communauté l'intégralité des sommes qu'il y a prises, pour faire des dépenses d'agrément sur son fonds.[3] Mais la plupart, effrayés de l'étendue des répétitions que l'on autorise ainsi contre un époux qui n'en retire aucun profit, reconnaissent que le mari ne devra aucune récompense pour les dépenses voluptuaires : ils se fondent, pour le décider ainsi, soit sur ce que le mari aurait pu dissiper la somme qu'il a employée en travaux d'agrément, soit sur ce que la communauté elle-même a profité des dépenses voluptuaires faites par le mari sur son fonds.[4]

1006. — Nous croyons, au contraire, que l'époux, le mari ou la femme, ne devra récompense à la communauté que dans la mesure du profit qu'il retire des sommes qu'elle a déboursées : ce qui conduit, comme nous le disons, à limiter à la plus-value la récompense pour les dépenses utiles, et à refuser toute indemnité pour les dépenses voluptuaires ou de simple agrément.

Il est certain que cette théorie était celle de notre ancien

[1] Massé et Vergé, et Rodière et Pont, *Op. et loc. citat.*
[2] Laurent, *Op. et loc. citat.*
[3] Laurent, XXII, n° 483.
[4] Rodière et Pont, et Marcadé, *Op. et loc. citat.*

droit. Pothier, en indiquant cette solution, en donne d'excellents motifs :

« Les impenses utiles étant des impenses que l'on pour-
« rait se passer de faire, on ne peut pas dire que le con-
« joint sur l'héritage de qui elles ont été faites, en les
« faisant du fonds de la communauté, ait épargné d'au-
« tant son propre fonds ; car, s'il n'eût pas trouvé dans le
« fonds de la communauté les deniers dont il s'est servi
« pour la faire, il aurait pu ne pas la faire, et ne pas enta-
« mer son propre fonds. Le conjoint, sur l'héritage duquel
« l'impense utile a été faite, ne peut donc être censé, au
« temps de la dissolution de la communauté, en profiter
« que jusqu'à concurrence de ce que son héritage s'en
« trouve alors être plus précieux ; et, par conséquent, ce
« n'est que jusqu'à cette concurrence qu'il doit récom-
« pense à la communauté des deniers qu'on en a tirés
« pour la faire. Ce que l'impense a coûté de plus à la com-
« munauté que l'héritage n'en a augmenté de valeur, est
« une perte pour la communauté, et il n'en est pas dû de
« récompense.

« La raison est que le mari étant maître absolu des biens
« de la communauté, il peut employer les deniers de la
« communauté à tout ce que bon lui semble, pourvu qu'il
« n'en avantage ni lui ni sa femme. Il a donc pu employer
« les deniers de la communauté aux impenses qu'il lui a
« plu de faire sur son héritage propre, sans en devoir au-
« cun compte, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il
« s'en trouve avantagé ; et il n'est avantagé que de ce
« que son héritage s'en trouve plus précieux. Pareille-
« ment, lorsque les impenses ont été faites sur l'héritage
« de sa femme, elle n'en doit récompense que jusqu'à
« concurrence de ce qu'elle en est avantagée : et elle ne
« l'est que de ce que son héritage s'en trouve plus pré-
« cieux. »[1]

[1] *Traité de la communauté*, n° 636. — *Sic* Renusson, *Traité des propres*, Chap. IV, Sect. XI, n° 4; Lebrun, *Traité de la communauté*, Livre III, Chap. II, Sect. I, Distinct. VII, n° 15.

Cette doctrine ancienne nous paraît très nettement adoptée par l'article 1437 : « ... Généralement toutes les fois que « l'un des époux *a tiré un profit personnel* des biens de la « communauté, il en doit la récompense. » En présence de ce texte, comment assimiler la communauté à un banquier, qui doit obtenir le remboursement des avances qu'il a faites ? Le législateur ne s'occupe pas de ces avances, mais seulement du *profit* que l'époux en a retiré, et il limite à ce profit le montant de la récompense.

Cette solution est conforme à l'équité et aux principes du régime en communauté : à l'équité, qui n'impose à l'époux qu'une seule obligation, celle de tenir compte de ce dont il s'est enrichi ; aux principes du régime en communauté, car la communauté n'est pas un tiers, un banquier faisant des avances et en obtenant la restitution. La communauté n'a pas de personnalité distincte : elle représente les époux eux-mêmes, et la théorie des récompenses entre la communauté et les époux n'a qu'un but, empêcher des donations indirectes entre époux, donations qui seraient contraires au régime par eux adopté, et qui souvent ne seraient pas l'œuvre de la volonté libérale de l'époux. Mais comme, en dehors du profit retiré par l'époux débiteur, il n'y a pas d'enrichissement, il ne peut y avoir lieu à récompense.[1]

1007. — Etudions maintenant les conséquences pratiques du système que nous venons d'adopter, en ce qui

[1] Douai, 16 juillet 1853, Sirey, 53, II, 577, et Dalloz, 54, II, 62; Besançon, 3 mars 1863, Dalloz, 63, II, 49; Metz, 24 décembre 1869, Sirey, 70, II, 155, et Dalloz, 71, II, 36; Cassation, 14 mars 1877, Sirey, 78, I, 5, et Dalloz, 77, I, 353; Bordeaux, 22 janvier et 23 novembre 1880, Sirey, 81, II, 76; Caen, 29 novembre 1881, Sirey, 84, II, 145. — Duranton, XIV, n° 378; Glandaz, ENCYCLOPÉD. DU DROIT, V° *Communauté*, n°s 274 et 282; Troplong, II, n° 1193 1194; Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 5, p. 367-368; Colmet de Santerre, VI, n°s 84 *bis* IV et suiv.; Grivel, *Op. citat.*, n° 172.

concerne d'abord les impenses utiles, puis les impenses voluptuaires.

S'il s'agit de dépenses utiles, l'époux, le mari ou la femme, sur l'immeuble duquel les impenses ont été faites, ne devra jamais que la plus-value. Cette plus-value sera calculée non pas à l'époque où les travaux ont été faits, mais à la dissolution de la communauté. C'était l'opinion qui avait prévalu dans notre ancien droit, ainsi que l'indique le passage de Pothier que nous avons cité au numéro précédent : c'est d'ailleurs la solution la plus logique, puisque c'est seulement à la dissolution de la communauté qu'il s'enrichit, et il ne s'enrichit que dans la mesure de la plus-value existant à ce moment, puisque, dans le passé, c'est la communauté qui a profité de ces améliorations.

1008. — Pour l'appréciation de cette plus-value, nous trouvons dans un arrêt de la cour de Metz une doctrine qu'il nous est impossible d'admettre : après avoir posé très exactement le principe que la plus-value consiste dans la différence entre la valeur des biens à la dissolution de la communauté, et la valeur qu'ils auraient eue, si les dépenses n'avaient pas été faites, l'arrêt ajoute :

« Attendu que par ce mot *valeur*, il faut entendre une « valeur réelle, intrinsèque, indépendante des éventualités « accidentelles ou des circonstances plus ou moins éphé- « mères pouvant appeler momentanément la faveur ou la « défaveur sur les biens ;

« Attendu que la valeur vénale, essentiellement variable « selon le temps, représente rarement la valeur réelle, in- « trinsèque des biens... »[1]

Voici les motifs pour lesquels nous ne pouvons admettre cette théorie.

Sans doute, abstractivement, autre chose est la valeur intrinsèque d'un bien, autre chose le prix qu'on en peut obtenir : mais, pratiquement et au point de vue qui nous

[1] *Arrêt précité*, Metz, 24 décembre 1869.

occupe, ces deux idées se confondent, et la valeur d'un immeuble se détermine par le prix qu'on en pourrait obtenir si on le vendait, prix rapproché du fermage ou de la location que ce bien peut procurer.

Si on n'accepte pas ces deux éléments comme base de l'expertise qui peut seule fixer la plus-value, nous nous demandons quelle autre base les experts pourront prendre : comment déterminer cette valeur *intrinsèque* d'un immeuble, valeur qui n'est pas atteinte par les événements qui en changent la valeur vénale ?

Ajoutons que le système que nous combattons, d'une application si difficile, nous paraît peu conforme à la théorie des récompenses. L'époux est plus riche si, au lendemain de la dissolution de la communauté, il peut vendre son immeuble plus cher à raison des travaux qui y ont été faits : mais, s'il ne peut pas le vendre un prix plus élevé, si la valeur d'échange de cet immeuble est restée la même, l'époux n'est ni plus riche ni plus pauvre.

Au fond, cette valeur intrinsèque nous paraît bien être, dans notre matière, la valeur *ancienne* de l'immeuble, et la théorie que nous combattons ne voudrait pas tenir compte des circonstances extrinsèques qui, au moment de la dissolution de la communauté, ont diminué la valeur des biens sur lesquels les travaux ont été faits. Or, nous croyons que l'époux est fondé à répondre que cette valeur ancienne peut fort bien ne pas être atteinte dans l'avenir, et que son immeuble doit être évalué non pas d'après une valeur idéale, absolue, mais d'après sa valeur relative et d'échange au moment où la communauté se dissout.

1009. — Il y a une hypothèse dans laquelle l'époux ne devra pas toute la plus-value que son immeuble a atteinte : c'est celle où le montant des dépenses faites par la communauté est inférieur à la valeur de l'immeuble. Alors l'époux ne devra que le montant de la dépense faite.

C'était l'opinion suivie dans notre ancien droit : « La ré-« compense, dit Pothier, n'excède pas ce qu'il en a coûté à

« la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le « conjoint a retiré. »[1]

Cette solution est nécessaire, car, s'il en était autrement, et si la communauté pouvait recevoir plus qu'elle n'a déboursé, c'est elle qui s'enrichirait par des travaux faits sur un immeuble propre de l'un des époux, contrairement à la règle de l'article 1433.[2]

1010. — S'il s'agit de dépenses voluptuaires, dans la théorie que nous admettons, il n'est dû aucune récompense.

On objecte que, dans notre système, le mari pourra dépenser l'argent de la communauté à embellir ses biens propres ; Guy Coquille va nous fournir une excellente réponse :

« Si le mary bastit en son héritage, et il soit homme qui « par son industrie propre, sans l'aide de sa femme, face « de grands gaings, comme un Advocat, ou un Procureur, « ou autre homme d'excellent sçavoir en son art, il y a « moins d'inconvénient et plus de raison et d'équité en « l'observance de cest article, puisqu'il est maître et sei- « gneur des meubles. Son esprit seul faict les gaings, et en « ce grand travail d'esprit, il diminue d'autant plus sa vi- « gueur, et est bien raison, puisque ce travail est de luy « seul, que durant sa vie il en reçoive quelque contente- « ment. De fait, aucuns bastissent plus pour se donner plai- « sir que pour l'utilité : *s'il avait pris son passe-temps à « jouer, et eust perdu ses deniers, on ne lui en demanderait « récompense.* »[3]

1011. — On dit assez généralement qu'il convient, dans notre système, d'apporter une exception au principe que les dépenses voluptuaires ne donnent pas lieu à récom-

[1] *Traité de la communauté*, n° 613.

[2] Rodière et Pont, II, n° 961 ; Colmet de Santerre, VI, n° 84 *bis* V ; Grivel, *Op. citat.*, n° 175.

[3] LES COUSTUMES DE NIVERNOIS, Titre *Des communautés et associations*, art. VI (édition de 1610, p. 495-496).

pense, pour le cas où elles auraient augmenté la valeur de l'immeuble.

L'idée est exacte, mais la formule mauvaise : la dépense qui accroît la valeur de l'immeuble, dans quelque mesure que ce soit, est une dépense *utile*, dans cette mesure de la plus-value qu'elle confère. Ce n'est donc pas là une exception au principe relatif aux dépenses voluptuaires, c'est une application du principe relatif aux dépenses utiles.[1]

1012. — Si les impenses voluptuaires ne peuvent donner lieu à aucune indemnité, il faut du moins admettre, au profit de la communauté, le droit d'enlever les choses qu'elle a procurées à l'immeuble de l'époux, et de les vendre au profit de la caisse commune, lorsque ces choses peuvent être enlevées sans détérioration.

C'était la solution admise par la loi romaine au profit du possesseur évincé : « *Sufficit tibi permitti tollere ex his* « *rebus, quæ possis ; dum ita, ne deterior sit fundus, quam* « *si initio non foret ædificatum.* »[2] On reconnaît généralement qu'il faut l'appliquer aujourd'hui au possesseur évincé ;[3] à plus forte raison faut-il l'appliquer dans les rapports des époux et de la communauté.[4]

1013. — Jusqu'ici, nous avons examiné la classification des dépenses en dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires, en nous plaçant au point de vue des travaux matériels faits aux immeubles propres des époux : mais dans quelle catégorie faut-il ranger les autres dépenses faites par la communauté dans l'intérêt de l'un des époux, paiement de dettes personnelles, rachat de services fonciers, acquisition de servitudes actives, etc... ?

Lorsqu'il s'agit du paiement de dettes personnelles à l'un

[1] *Compar.* Paris, 21 juin 1814, Sirey, C. N., IV, II, 395. — Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 6, p. 368; et *Note* de M. Labbé, Sirey, 1878, I, 6.

[2] L. 38, ff., *De rei vindicatione*, (VI, I).

[3] Demolombe, *Cours de Code civil*, IX, nos 689 et suiv.

[4] Rodière et Pont, II, n° 961.

des époux, on reconnaît que le montant de la récompense doit être égal au chiffre de la dette dont l'époux s'est libéré : le profit, en pareil cas, consiste dans l'extinction de la dette, et l'époux n'est pas fondé à prétendre que s'il avait eu de l'argent, il ne se serait pas libéré.

Mais, lorsqu'il s'agit du rachat de servitudes, des remboursements à faire dans le cas où l'époux exerce une action en réméré ou en rescision, etc..., une opinion soutient que l'on devra estimer la valeur de la servitude, le prix du fonds racheté ou repris ; et l'indemnité ne devra pas être supérieure à l'estimation de la servitude, ni à la valeur du fonds. Par suite, si le fonds repris diminuait de valeur avant l'expiration du délai de rachat, ou même s'il périssait complètement, la récompense ne serait pas égale au prix remboursé, ou même il n'y aurait pas de récompense du tout, dans le cas de perte totale. On en donne pour motif, dans le cas de rachat de servitudes, que c'est une amélioration du fonds comme une autre, qu'il faut estimer pour connaître la plus-value procurée au fonds ; et, s'il s'agit de remboursements à faire au profit de l'acquéreur évincé, la dépense peut rigoureusement être considérée comme nécessaire, mais seulement à l'expiration du délai de l'action, et l'indemnité doit être réduite à la valeur de l'immeuble à l'expiration du délai.[1]

Nous croyons, au contraire, que, dans ces diverses hypothèses, la récompense doit être invariablement fixée à la somme déboursée par la communauté.

Ce qui a été acquitté par la communauté, c'est une dette de l'époux : qu'il s'agisse du rachat de servitudes grevant son immeuble, ou de sommes dues à l'acquéreur à réméré, ou dont le titre est rescindé, il y a une dette préexistante de l'époux à acquitter. Au moment du paiement, l'époux, en payant avec les deniers de la communauté, s'est libéré d'une obligation et a évité un sacrifice personnel, *propriæ*

[1] Colmet de Santerre, VI, n° 84 *bis* VIII et suiv.

pecuniæ pepercit : il doit donc une récompense égale au sacrifice qu'il aurait dû faire, c'est-à-dire à la somme que la communauté a payée pour lui.[1]

1014. — Si une rente viagère avait été créée sur la tête des deux époux à l'aide de deniers de communauté, avec une clause de reversibilité au profit du survivant, nous avons indiqué que celui-ci devait une récompense ; et que cette récompense devait être égale soit à la valeur de la rente, d'après les tarifs de la compagnie d'assurance qui la sert, soit, s'il s'agit d'une rente due par un particulier, à la valeur de la rente, eu égard au taux de la constitution primitive et à l'âge actuel de l'époux crédirentier.[2]

1015. — Une dernière hypothèse nous reste à examiner, du moins brièvement, car elle rentre dans la théorie générale des assurances sur la vie : l'un des époux contracte une assurance sur la vie, ou bien le mari souscrit une assurance au profit de sa femme, et les primes sont payées par la communauté. Nous avons dit dans quels cas, à notre avis, le montant de l'assurance n'entre pas en communauté :[3] c'est lorsque l'époux assuré n'en a ni le bénéfice ni la disposition, dans le cas notamment où le mari stipule que l'assurance, qu'il contracte sur sa tête, sera payable à sa femme. La femme devra-t-elle alors rembourser à la communauté le montant des primes que celle-ci a payées ?

La question est controversée, et une théorie soutient qu'il est dû récompense, par le motif que la femme s'enrichit avec les deniers de la communauté, et que le principe général de l'article 1437 exige qu'elle indemnise la communauté de ce dont elle profite aux dépens de celle-ci.[4]

Une seconde théorie, que pour notre part nous préfé-

[1] Rodière et Pont, II, n° 958.

[2] *Suprà*, Tome I, n° 377 et les autorités qui sont citées.

[3] *Suprà*, Tome I, n° 378.

[4] Nancy, 21 janvier 1882, Sirey, 83, II, 35, et Dalloz, 82, II, 174; et diverses décisions de tribunaux rapportées par M. Couteau, *Traité des assurances sur la vie*, II, p. 565 et 590.

rons, refuse toute récompense à la communauté, par le motif suivant. Aux termes de l'article 1422, le mari peut disposer à titre gratuit et particulier des effets mobiliers de la communauté au profit de toute personne, par conséquent au profit de la femme elle-même ; or, c'est ce qu'il a fait en payant, avec les deniers de la communauté, le montant des primes de l'assurance contractée au profit de sa femme. C'est une véritable libéralité qu'il fait au profit de la femme, et, comme cette libéralité est renfermée dans les limites de l'article 1422, elle est valable.[1]

1016. — Faudrait-il admettre la même solution dans l'hypothèse, assez fréquente, d'une assurance sur la vie stipulée par deux époux communs en biens *au profit du survivant ?* Nous ne le croyons pas, et nous pensons que le survivant devra récompense pour les primes que la communauté a payées : en effet, ce n'est plus là une libéralité, c'est un contrat à titre onéreux, analogue à la rente viagère stipulée sur la tête des deux époux, avec reversibilité au profit du survivant ; et nous croyons que les mêmes motifs, qui nous ont fait accorder une récompense à la communauté dans cette hypothèse, doivent conduire à la faire rembourser des primes qu'elle a payées pour l'époux survivant, dans l'hypothèse que nous examinons.[2]

Enfin, dans le cas où le mari aurait contracté une assurance sur la vie au profit de ses créanciers, il est évident

[1] Montpellier, 15 décembre 1873, Dalloz, 74, II, 101 ; Besançon, 29 juin 1875, Dalloz, 78, I, 429; Rouen, 6 février 1878, Dalloz, 78, II, 189; Paris, 26 novembre 1878, Dalloz, 79, II, 123 ; Rennes, 23 juin 1879, Dalloz, 79, II, 152. — *Compar.* Cassation, 10 novembre 1874, Dalloz, 75, I, 248; Douai, 31 janvier 1876, Sirey, 77, II, 33, et *Note* de M. Lyon-Caen, et Dalloz, 76, II, 121 ; Cassation, 28 mars 1877, Sirey, 77, I, 393, et *Note* de M. Labbé; Dalloz, 77, I, 241, et *France judiciaire*, 77-78, p. 565; Cassation, 9 mai 1881, Dalloz, 82, I, 97.

[2] *Voir* Gouget, Merger et Ruben de Couder, DICTIONN. DU DROIT COMMERCIAL, V° *Assurance sur la vie*, n° 105, et les autorités qui y sont citées.

qu'il devrait récompense à la communauté du montant des primes payées, puisque l'assurance aurait eu pour résultat de le libérer d'une dette personnelle.[1]

1017. — III. *Comment s'exercent les récompenses dues à la communauté.* — Ces récompenses constituent une créance comme une autre, que l'époux débiteur devrait, en principe, payer en argent à la dissolution de la communauté, en apportant dans la caisse commune la somme dont il est débiteur : c'est ce qui résulte de l'article 1468, et du rapprochement de ce texte avec l'article 1471, qui n'autorise le paiement en nature que pour les dettes de la communauté vis-à-vis des époux.

Mais, le plus souvent, ce paiement en nature n'a pas lieu, et le règlement se fait *en moins prenant*, comme pour les rapports à succession : le conjoint de l'époux débiteur prend une part d'autant plus forte dans les biens de la communauté, et la dette de l'époux débiteur se trouve acquittée.[2]

Observons que, si le rapport se fait en moins prenant, le conjoint de l'époux débiteur ne peut exercer le droit de choix que l'article 1471 accorde pour les prélèvements : ce droit n'est accordé aux époux que pour les créances qu'ils ont contre la communauté, et non pour le règlement des dettes de l'autre conjoint.

1018. — Le règlement de ces récompenses en moins prenant n'a lieu que si le conjoint de l'époux débiteur, ou les héritiers de ce conjoint, n'en éprouvent aucun préjudice : or, comme l'article 1471 donne le droit à l'époux, qui a des reprises à exercer sur la communauté, de les exercer par voie de prélèvement sur les biens de la communauté, dans l'ordre que ce texte indique, l'époux débiteur ne peut faire

[1] Gouget, Merger et Ruben de Couder, *Op. et loc. citat.*, n° 104.

[2] Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 13, p. 370 ; Colmet de Santerre, VI, n° 127 *bis* II ; Laurent, XXII, n° 492. — *Contrà*, Lyon, 3 juillet 1841, Sirey, 41, II, 347.

obstacle à ce droit en ne payant pas réellement la dette dont il est tenu. Cet époux ou ses héritiers seront donc contraints au rapport en nature de ce qu'ils doivent à la communauté, si l'autre époux les y oblige.[1]

1019. — Si les deux époux sont l'un et l'autre débiteurs vis-à-vis de la communauté, on peut régler ces deux dettes par voie de compensation : l'un d'eux doit 4,000 francs, l'autre 6,000 francs, on décidera que celui qui doit 4,000 francs ne rapportera rien, et que celui qui doit 6,000 francs rapportera 2,000 francs à la masse de la communauté : c'est là un procédé très commode de liquidation.[2]

Mais cette espèce de compensation ne peut être admise que s'il n'en résulte aucun préjudice pour les créanciers, ou pour le mari : s'il en était autrement, il faudrait appliquer la règle que nous avons posée, et décider que le rapport doit se faire réellement et par un paiement en espèces.[3]

C'est ainsi, par exemple, que si les créanciers du mari avaient frappé de saisie-arrêt les récompenses éventuelles que la femme peut devoir à la communauté pour amélioration à ses propres, ainsi qu'on s'accorde à leur en reconnaître le droit,[4] la compensation ne pourrait avoir lieu au préjudice de cette saisie-arrêt.

1020. — Les récompenses dues par les époux à la communauté portent intérêts du jour de la dissolution de la communauté, de plein droit, aux termes de l'article 1473.

Cette disposition exceptionnelle est analogue à celle que

[1] Cassation, 16 avril 1862, Dalloz, 62, I, 276. — Laurent, XXII, n° 494.

[2] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 706.

[3] Amiens, 10 avril 1861, Sirey, 61, II, 413, et Dalloz, 61, II, 102. — Troplong, III, n° 1614 ; Rodière et Pont, n° 1071 ; Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 14, p. 370 ; Colmet de Santerre, VI, n° 127 *bis* IV ; Laurent, XXII, n° 497.

[4] Agen, 11 juillet 1862, Dalloz, 62, II, 164.

nous avons étudiée pour les reprises dues par la communauté aux époux,[1] et nous pouvons en donner les mêmes motifs : le chiffre de ces récompenses est incertain jusqu'à la liquidation, et il est impossible de contraindre l'autre conjoint à former immédiatement une demande en justice pour faire courir les intérêts, conformément à l'article 1153.[2]

1021. — Les récompenses dont les époux sont débiteurs ne peuvent être poursuivies qu'après la dissolution de la communauté : c'est ce qui résulte de l'article 1468. Le compte des récompenses, comme celui des reprises, est le règlement des opérations de la société pécuniaire qui a existé entre les époux, et il ne peut se faire qu'à la dissolution de la société.[3]

Ajoutons que les époux sont débiteurs de ces récompenses en leur nom personnel, et non pas seulement comme communs en biens. Il s'ensuit que la femme devra tenir compte à la communauté des récompenses qu'elle lui doit, même si elle renonce à la communauté.[4] Dans cette hypothèse, on appliquera aussi l'article 1473, qui ne fait pas de distinction, et les récompenses dues par la femme renonçante produiront des interêts de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté.[5]

[1] *Suprà*, Tome II, n° 973.

[2] *Compar.* sur les motifs de cette disposition : Rodière et Pont, II, n° 962; Colmet de Santerre, VI, n° 133 *bis*; Laurent, XXII, n° 490.

[3] Bordeaux, 6 mai 1848, Sirey, 49, II, 609, et Dalloz, 50, II, 11. — Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, p. 370; Grivel, *Op. citat.*, n° 157.

[4] Aubry et Rau, V, § 511 *bis*, texte et note 11, p. 369; Laurent, XXII, n° 489.

[5] Aubry et Rau, *Op. et loc. citat.*, p. 370.

§ III

Des récompenses ou indemnités dues par l'un des époux à l'autre.

1022. — Cette matière, qui forme l'objet des articles 1478 et 1479, présente beaucoup moins de complications que la théorie des reprises des époux contre la communauté, ou des récompenses dues à la communauté par les époux : il va s'agir ici, en effet, d'une créance comme une autre, qui va rentrer dans les règles de droit commun qui régissent les rapports des créanciers et des débiteurs.

1023. — Les hypothèses dans lesquelles l'un des époux peut devenir créancier de son conjoint sont nombreuses. En voici quelques exemples.

Si l'un des époux était, avant le mariage, créancier de son futur conjoint, et qu'il ait réservé cette créance comme propre par le contrat de mariage, elle continuera d'exister à son profit.[1]

Si, pendant le mariage, l'un des époux vend à son conjoint un de ses biens, dans l'une des hypothèses où l'article 1595 autorise cette vente, et que le prix de l'immeuble cédé dépasse le chiffre de la créance pour laquelle la cession est autorisée, l'époux cédant devient créancier du surplus.[2]

Il en sera de même si l'un des époux donne des biens à lui propres en paiement des dettes personnelles de son conjoint, s'il paie la totalité de la dot promise par les deux époux conjointement, s'il garantit la vente d'un immeuble propre de son conjoint, s'il fait à celui-ci une donation, dans les termes de l'article 1480, etc...[3]

[1] Pothier, *Traité de la communauté*, n° 677.

[2] Laurent, XXII, n° 544.

[3] *Compar.* Rodière et Pont, II, n° 963; Aubry et Rau, V, § 512, texte et notes 1 à 6 ; Laurent, XXII, n° 544.

1024. — Lorsque l'un des époux est créancier de son conjoint, il peut, aux termes de l'article 1478, exercer sa créance sur la part échue à celui-ci dans la communauté, ou sur ses biens personnels. C'est l'application du principe général écrit dans l'article 2092, et d'après lequel tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers.

A partir de quelle époque l'époux créancier pourra-t-il poursuivre le paiement de la dette de son conjoint? Pourra-t-il agir pendant le mariage, ou faudra-t-il qu'il attende la dissolution de la communauté ?

On admet, en général, par application de l'article 1478, que l'époux créancier ne peut poursuivre le recouvrement de sa créance qu'après la dissolution de la communauté ; mais cette solution est combattue par M. Laurent dans les termes suivants :

« De quoi s'agit-il dans l'article 1478? La loi dit sur « quels biens s'exercent les créances personnelles des « époux. Elles ne s'exercent pas par voie de récompense « ou de prélèvement sur les biens de la communauté, « puisque l'époux n'est pas créancier de la communauté ; « créancier personnel, on lui applique le droit commun, « d'après lequel les biens du débiteur sont le gage de ses « créanciers. Le texte laisse donc la question entière, « et on doit la décider d'après les principes. Or, tout « créancier a le droit d'agir contre son débiteur : le droit « d'action constitue l'essence de la créance. Pourquoi l'é- « poux créancier ne pourrait-il pas agir ? On dit que les « créances ne peuvent s'exercer avant le partage, parce « que jusque-là on ne sait pas quels sont les droits de l'é- « poux débiteur dans la communauté. Sans doute, l'époux « créancier ne peut pas poursuivre son droit sur la part « de son débiteur, dans une communauté qui n'est pas dis- « soute. Mais, si l'époux débiteur a des biens personnels, « l'objection tombe ; dès lors on reste dans le droit com- « mun. »[1]

[1] Laurent, XXII, n° 545.

Nous croyons qu'il faut rejeter cette théorie, et décider, conformément à l'opinion généralement admise, que l'époux créancier ne peut agir qu'après la dissolution de la communauté.

C'était la théorie ancienne : « Il y a des créances, dit Pothier, que l'un des conjoints a quelquefois, *lors de la dissolution de la communauté*, non contre la communauté, « mais contre l'autre conjoint » ;[1] et nous croyons que l'article 1478 reproduit cette théorie, lorsqu'il porte qu'*après le partage consommé*, si l'un des époux est créancier de l'autre, il exerce contre lui sa créance.

Cette solution nous paraît très désirable, par le motif suivant : tant que la communauté n'est pas dissoute, au milieu de ces rapports pécuniaires incessants qui s'établissent entre les patrimoines des deux époux, on ne sait pas si l'époux, créancier de la veille, ne sera pas le lendemain débiteur de son conjoint. Il est donc d'une bonne législation de ne pas permettre l'exercice d'actions en paiement prématurées, et de renvoyer le tout à la dissolution de la communauté, comme les actions en reprises ou en récompense entre la communauté et les époux.[2]

1025. — Une restriction doit être apportée à l'opinion que nous venons d'adopter, relativement à l'époque à laquelle l'époux créancier de son conjoint peut agir : si c'est la femme qui est créancière, elle peut, dès avant la dissolution de la communauté, sinon agir en paiement, au moins prendre des *mesures conservatoires* pour assurer le recouvrement de sa créance.

C'est ainsi qu'elle peut, si les immeubles de son mari ou de la communauté sont vendus, obtenir, au moyen de son hypothèque légale, une collocation provisoire et

[1] *Traité de la communauté*, n° 676.

[2] Paris, 10 frimaire an XIII, Sirey, C. N., II, II, 6; Paris, 1er août 1820, Sirey, C. N., VI, II, 300; Bordeaux, 6 mai 1848, Sirey, 49, II, 609, et Dalloz, 50, II, 11. — Troplong, III, n° 1700; Rodière et Pont, II, n° 965; Aubry et Rau, V, § 512, texte et note 7, p. 372.

éventuelle en paiement de ses créances contre son mari ; ou bien encore, se faire colloquer éventuellement dans la distribution ouverte sur des sommes appartenant à son mari ; ou enfin, si celui-ci tombe en faillite, obtenir provisoirement d'être admise au rang des créanciers de la faillite.[1]

Le motif en est que ces collocations provisoires, qui ne permettent à la femme que de toucher moyennant caution, ou de faire consigner jusqu'à la dissolution de la communauté les deniers lui revenant, ne constituent que des actes conservatoires, qui ne nuisent à personne, et qui peuvent être indispensables pour la sauvegarde des biens de la femme.

1026. — Aux termes de l'article 1479, les créances personnelles, que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, ne portent intérêts que du jour de la demande en justice : c'est un retour au droit commun. Le motif en est, selon nous, que ces créances, relativement peu nombreuses et bien déterminées, ne doivent pas bénéficier de l'exception créée par l'article 1473 pour les reprises et les récompenses proprement dites, dont le chiffre ne peut être établi, ainsi que nous l'avons dit, qu'après une liquidation souvent longue et compliquée.

1027. — M. Laurent admet que l'époux créancier peut faire courir ces intérêts pendant la communauté, en intentant une demande en justice contre son conjoint :[3] c'est une conséquence logique du système qu'il adopte, et d'après lequel le recouvrement des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre peut être poursuivi pendant la communauté.

Pour nous, qui avons combattu ce système, nous n'admettons pas plus l'action en justice pendant la communauté pour faire courir les intérêts, que pour obtenir le paie-

[1] Besançon, 20 novembre 1852, Sirey, 53, II, 127, et Dalloz, 53, 109; Toulouse, 30 juin 1858, Sirey, 59, II, 474. — Aubry et Rau, V, § 512, texte et note 9, p. 372.

[2] Cassation, 28 juin 1865, Sirey, 66, I, 15, et Dalloz, 65, I, 360.

[3] XXII, n° 547.

ment de la créance : les deux solutions se tiennent en effet.[1]

1028. — On s'est demandé si la soulte, créée dans le partage de la communauté entre les époux ou leurs héritiers, produisait des intérêts de plein droit : nous n'hésitons pas à répondre négativement, et à décider que cette créance est soumise à la règle de notre article 1479. Cette créance est au premier chef une créance personnelle à l'un des époux contre l'autre, puisqu'elle est née après la dissolution de la communauté, et qu'elle est née du fait même du partage : il n'y a donc aucun motif pour la soustraire au droit commun.

Quant à l'article 1652, que l'on a voulu objecter contre cette solution, il est évidemment inapplicable : il est écrit pour la vente, non pour le partage, et comme il déroge à la règle de l'article 1153, il doit être interprété limitativement.

Observons enfin qu'une fois la communauté dissoute et le partage opéré, l'époux créancier de la soulte ou ses héritiers peuvent facilement agir en paiement, et il était inutile de leur faire une situation privilégiée.

1029. — Par exception à la règle de l'article 1479, si l'un des époux avait contre l'autre une créance antérieure au mariage et productive d'intérêts, ces intérêts recommenceraient à courir de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté. En effet, la créance est par sa nature productive d'intérêts : elle n'a cessé d'en produire que par le mariage sous le régime de la communauté, qui a attribué à la communauté la jouissance des revenus des époux. Aussitôt la communauté dissoute, l'époux créancier recouvre les droits que son acte d'obligation lui donne.[2]

[1] Rodière et Pont, II, n° 967.
[2] Aubry et Rau, V, § 512, texte et note 10, p. 372.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

TABLE

PAR ORDRE DE MATIÈRES

DEUXIÈME PARTIE

De la communauté légale.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ.

SECTION III

De l'actif immobilier de la communauté.

§ II. — *Des immeubles propres* (suite).

Nos — Pages

462. — *d.* — *Immeubles acquis en échange ou en remploi.* — Motifs pour lesquels les immeubles acquis en échange ou en remploi sont propres..... 5

463. — Division du sujet..... 6

464. — I. *De l'échange.* — L'immeuble acquis en échange d'un propre devient propre de plein droit..... 7

465. — Peut-on déroger à la règle que l'immeuble acquis en échange est propre? Adoption de l'affirmative..... 7

466. — L'immeuble acquis en échange sera-t-il propre pour la totalité, si la communauté a payé une soulte importante? Controverse, et adoption du système d'après lequel l'immeuble sera propre ou conquêt pour le tout, suivant que le caractère prédominant de l'acte sera un échange ou un achat.... 9

467. — La règle de l'article 1407 s'applique même aux immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, notamment à l'usufruit cédé par l'un des époux en échange de la pleine propriété d'un immeuble..... 12

468. — Le meuble acquis en échange d'un immeuble propre sera soumis à l'article 1407 12
469. — II. *Du remploi.* — Origine historique du remploi... 13
470. — Division du sujet 15
471. — 1. *Des conditions du remploi.* — Division..... 15
472. — α. *Conditions communes à tout remploi.* — Ces conditions communes sont au nombre de quatre..... 16
473. — *1re condition. — Aliénation d'un immeuble propre à l'un des époux.* — L'aliénation d'un immeuble propre est nécessaire, mais l'acquisition d'un immeuble nouveau peut avoir lieu par anticipation..... 16
474. — L'acquisition par anticipation est valable, même lorsqu'il s'agit du remploi des biens du mari..... 17
475. — Le remploi par anticipation des biens du mari est valable, sans que l'on ait à rechercher si le mari avait ou non, au moment de l'achat, l'intention sérieuse d'aliéner ses immeubles..... 18
476. — L'époux qui a aliéné des valeurs mobilières propres peut-il en effectuer le remploi en immeubles? Adoption de l'affirmative..... 19
477. — *2e condition. — Acquisition d'un immeuble nouveau pour remplacer l'ancien.* — L'immeuble nouveau peut appartenir soit à un tiers, soit au mari, soit même à la communauté 20
478. — Le remploi peut avoir lieu en actions de la Banque de France immobilisées..... 21
479. — Il peut avoir lieu aussi en rentes sur l'Etat français, à moins de clause contraire dans le contrat de mariage: ce qu'il faut entendre par « clause contraire » 22
480. — Le remploi d'un immeuble propre pourrait même être fait en meubles, du consentement de l'époux propriétaire de l'immeuble aliéné..... 23
481. — *3e condition. — Il faut qu'il soit déclaré, dans l'acte d'acquisition, que l'immeuble nouveau est acheté pour remplacer l'ancien, et avec des deniers provenant de l'aliénation de cet immeuble.* — Il n'est pas nécessaire que les deniers, qui ont payé l'immeuble nouveau, soient identiquement ceux qui proviennent du prix de l'ancien..... 24
482. — Le remploi peut-il être valable, si l'acte d'acquisition ne contient pas d'origine de deniers? Controverse, et adoption de l'affirmative..... 26
483. — Il faut en outre dans l'acte une déclaration que l'immeuble nouveau est acheté en remploi..... 26

484. — La déclaration de remploi n'est soumise à aucune forme sacramentelle..... 28
485. — L'immeuble donné en paiement d'une créance propre sera un conquêt, à moins de clause contraire expresse..... 28
486. — La déclaration de remploi doit être faite dans l'acte d'acquisition lui-même..... 29
487. — La déclaration de remploi pourrait-elle toutefois être faite *ex intervallo*, s'il s'agissait d'immeubles de la femme? Controverse, et adoption de la négative..... 30
488. — 4e *condition. — Acceptation du remploi avant la dissolution de la communauté.* — La femme ne peut accepter le remploi après la dissolution de la communauté, de quelque manière que cette dissolution ait lieu..... 31
489. — Le mari peut-il contraindre la femme à prendre parti avant la dissolution de la communauté? Controverse, et adoption de la négative..... 34
490. — Les frais de remploi sont à la charge de l'époux pour le compte duquel il a lieu..... 35
491. — β. *Conditions relatives au remploi des biens du mari.* — Indication, dans l'acte, de la volonté formelle du mari d'acquérir en remploi..... 35
492. — La volonté du mari doit être exprimée dans l'acte même d'acquisition..... 36
493. — Cette expression de volonté est nécessaire, même si le bien acheté est un immeuble dont le mari était déjà copropriétaire par indivis..... 37
494. — γ. *Conditions relatives au remploi des biens de la femme.* — L'acceptation de la femme est nécessaire..... 37
495. — La femme peut accepter en remploi un bien d'une nature différente de celui qui a été aliéné..... 38
496. — La présence de la femme à l'acte d'acquisition suffit-elle pour emporter acceptation? Controverse, et adoption de la négative..... 39
497. — La femme peut accepter le remploi qui lui est proposé jusqu'à la dissolution de la communauté, si l'offre n'a pas été révoquée expressément ou tacitement par le mari..... 41
498. — Il n'est pas nécessaire que l'acceptation de la femme ait lieu par acte authentique. Exception de l'article 558 du Code de commerce..... 42
499. — Enonciations que doit contenir l'acte d'acceptation. 43
500. — 2. *Des règles spéciales au remploi conventionnel.* —

La clause de remploi a-t-elle pour effet de dispenser la femme d'acceptation ? Controverse, et adoption de la négative..... 43
501. — La différence essentielle entre le remploi conventionnel et le remploi légal est que, le plus souvent, le remploi conventionnel est obligatoire..... 44
502. — Effet de la clause portant que les premières acquisitions immobilières, faites par le mari, serviront de remploi aux biens de la femme..... 46
503. — La femme a une action pour contraindre le mari au remploi pendant le mariage, si le contrat fixe le délai dans lequel il doit avoir lieu..... 47
504. — Si le contrat n'indique pas de délai, exposé et adoption de l'opinion qui refuse toute action à la femme pendant le mariage 48
505. — S'il n'y a pas de délai fixé, le mari peut faire le remploi tant que dure la communauté, mais il ne peut plus le faire après sa dissolution..... 49
506. — La stipulation de remploi n'a pas, en général, d'effet à l'égard des tiers : exception..... 50
507. — De la clause d'emploi : renvoi..... 52
508. — 3. *Des effets du remploi.* — L'acceptation du remploi par la femme produit-elle un effet rétroactif? Exposé de l'affirmative : conséquence de ce système..... 52
509. — Exposé et adoption de la négative. Toutefois, dans le système adopté, l'acceptation produit un certain effet rétroactif..... 54
510. — Effets de la non-acceptation de la femme..... 56
511. — Différences entre l'acquisition en remploi et la cession remploi de l'article 1595, 2..... 57
512. — Effets du remploi, lorsque l'immeuble acquis est d'une valeur supérieure à la somme à remployer..... 57
513. — *e. Immeubles dont l'un des époux était copropriétaire par indivis.* — Double hypothèse prévue par l'article 1408..... 59
514. — *Première hypothèse. — Immeubles dont la propriété indivise appartenait soit au mari, soit à la femme.* — Origine historique de l'article 1408, 1..... 59
515. — Projet de rédaction de l'article 1408, 1, et modifications qu'il a subies 60
516. — Motifs de cette disposition..... 61
517. — Conditions d'application de l'article 1408, 1..... 62
518. — Ce texte n'est pas applicable à l'acquisition d'un im-

meuble indivis, mais matériellement réuni à l'immeuble de l'un des époux 63
519. — Il n'est pas applicable à l'acquisition de l'usufruit d'un immeuble dont l'un des époux est nu propriétaire . 64
520. — Il s'applique à toute acquisition d'immeuble indivis, quelque minime que soit la portion dont l'époux était copropriétaire 64
521. — L'article 1408, 1, est applicable, dans notre système, même aux acquisitions qui ne font pas cesser complètement l'indivision entre l'époux et les autres copropriétaires de l'immeuble 64
522. — Dans tous les systèmes, l'article 1408, 1, est applicable aux acquisitions successives, dont le résultat final est de faire cesser complètement l'indivision 66
523. — L'immeuble indivis est propre, quel que soit le mode par lequel il ait été acheté..... 67
524. — Cet immeuble est propre, eût-il été acheté au nom des deux époux..... 68
525. — L'immeuble est propre, que l'époux soit devenu copropriétaire avant ou depuis le mariage..... 69
526. — Faut-il appliquer l'article 1408, 1, aux acquisitions de parts indivises dans une succession en partie mobilière, en partie immobilière? Controverse, et adoption de l'affirmative 70
527. — L'époux ne devient propriétaire qu'à la charge d'indemniser la communauté des sommes qu'elle a déboursées pour l'achat de l'immeuble indivis..... 72
528. — *Deuxième hypothèse.— Droit d'option accordé à la femme, lorsque le mari a acheté en son nom personnel un immeuble appartenant par indivis à la femme.* — Origine historique de la disposition de l'article 1408, 2..... 72
529. — Motifs de cette disposition..... 74
530. — Division du sujet..... 75
531. — I. *Dans quels cas le droit d'option est-il accordé à la femme.* — Diverses manières dont l'acquisition peut être faite par le mari..... ... 75
532. — Acquisition faite au nom personnel du mari..... 75
533. — Acquisition faite au nom de la communauté..... 75
534. — Acquisition faite au nom de la femme, et avec son concours, ou en vertu de son mandat... 76
535. — Acquisition faite au nom de la femme, mais sans son concours et sans son mandat 77
536. — Opinion d'après laquelle l'acquisition serait nulle au

respect de la communauté, si la femme ne l'acceptait pas pour elle..... 78
537. — Exposé et adoption de l'opinion qui fait de cette acquisition un conquêt de communauté..... 78
538. — Acquisition faite au nom du mari et de la femme.. 79
539. — Acquisition faite sans indication de la personne pour laquelle elle est faite..... 79
540. — Le droit d'option de la femme s'exerce, quel que soit le mode d'acquisition de l'immeuble, pourvu que ce soit un mode à titre onéreux..... 80
541. — Le droit d'option existe au cas d'acquisition de parts indivises, dans une succession à la fois mobilière et immobilière..... 81
542. — Que décider dans l'hypothèse où l'acquisition ne fait pas cesser complètement l'indivision? Controverse.. 81
543. — L'article 1408, 2, doit-il être appliqué au cas d'acquisition sur expropriation forcée? Controverse, et adoption de l'affirmative..... 83
544. — L'article 1408 est inapplicable, si la femme n'avait sur l'immeuble que des droits de nue-propriété, d'usufruit ou d'usage..... 84
545. — L'article 1408, 2, est inapplicable aux meubles..... 85
546. — L'article 1408, 2, doit-il être étendu à la femme mariée sous le régime dotal? Controverse et adoption de l'affirmative..... 85
547. — Le droit d'option peut être exercé par les héritiers de la femme..... 88
548. — Les créanciers de la femme peuvent-ils l'exercer? Controverse, et adoption de l'affirmative..... 88
549. — Le droit d'option n'appartient pas au mari..... 90
550. — II. *A quel moment la femme doit-elle exercer le droit d'option, et dans quelle forme.* — La femme peut-elle exercer ce droit pendant la communauté? Controverse..... 90
551. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 91
552. — La femme peut exercer son option dans les trente ans qui suivent la dissolution de la communauté..... 93
553. — Epoque à laquelle la femme mariée sous le régime dotal doit exercer l'option..... 93
554. — Forme dans laquelle doit être exercée la volonté de la femme..... 94
555. — III. *Quels sont les effets de l'exercice du droit d'option de la femme.* — Ces effets doivent être examinés à deux époques..... 95

556. — L'immeuble est-il provisoirement un conquêt ou un propre? Controverse, et adoption de l'opinion qui lui attribue provisoirement la nature de conquêt..... 95
557. — Si la femme opte pour l'abandon de l'immeuble, cet immeuble aura toujours été un conquêt..... 97
558. — Si la femme opte pour le retrait d'indivision, l'exercice du retrait aura-t-il un effet rétroactif, vis-à-vis des tiers acquéreurs ou des créanciers hypothécaires qui tiennent leur droit du mari? Exposé de l'opinion d'après laquelle la femme devra respecter le droit des tiers..... 97
559. — Exposé et adoption du système qui enseigne que le retrait opère rétroactivement au respect des tiers, sauf dans trois hypothèses exceptionnelles.... 99
560. — La femme, qui exerce le retrait, devient-elle débitrice personnelle et directe des vendeurs, au lieu et place du mari? Adoption de la négative..... 101
561. — Le prix dû par des sous-acquéreurs ne peut être saisi-arrêté par les créanciers du mari 102
562. — La femme qui exerce le retrait doit indemniser la communauté de ce qu'elle a payé..... 102

§ III. — *Comment se prouve la nature de propres ou d'acquêts des immeubles.*

563. — La présomption est que les immeubles acquis pendant le mariage sont acquêts de communauté : motifs de cette présomption..... 102
564. — De quelle manière l'époux peut faire la preuve qu'un immeuble lui est propre..... 103
565. — La présomption de l'article 1402 ne s'applique pas aux immeubles acquis depuis la dissolution de la communauté..... 104

CHAPITRE II

DU PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ.

566. — Diverses catégories de dettes sous le régime de la communauté 105
567. — Distinction entre le passif *provisoire* et *apparent*, et le passif *réel* et *définitif*..... 105

568. — Distinction entre le *droit de poursuite* et la *contribution aux dettes* 107
569. — L'expression « passif de communauté » n'implique pas que la communauté soit une personne morale..... 107
570. — Intérêt pratique de la question de personnalité de la communauté, au point de vue du concours des créanciers de la femme et des créanciers de la communauté.. 108
571. — Autre intérêt de la question, au point de vue de la compensation..... 109
572. — Explication du système adopté par le Code pour la division du passif..... 110
573. — Les dettes contractées après la dissolution de la communauté ne peuvent jamais la grever 110
574. — La communauté n'a pas d'autre passif que celui que la loi a mis à sa charge..... 110
575. — La communauté est débitrice, d'une manière générale, toutes les fois qu'elle s'enrichit aux dépens de l'un des époux..... 111
576. — Division du sujet..... 112

SECTION I

Dettes mobilières dont les époux étaient grevés au moment du mariage.

577. — Les dettes mobilières des époux entrent en communauté : motifs de cette règle..... 113
578. — La règle de l'article 1401, 1, était plus facile à justifier dans notre ancien droit que sous l'empire du droit actuel..... 114
579. — Motifs que l'on peut donner pour expliquer le maintien de la règle ancienne..... 115
580. — Division..... 116

§ I. — *Dettes mobilières qui entrent en communauté.*

581. — Quelles dettes sont mobilières..... 116
582. — La dette est mobilière d'après son objet, quelle que soit la cause pour laquelle elle est contractée..... 117
583. — La dette mobilière ne change pas de caractère parce qu'elle est garantie par une hypothèque 117
584. — Toute obligation de faire est mobilière, fût-elle relative à un immeuble..... 117

585. — Les obligations qui résultent du contrat de bail sont mobilières 119
586. — Dans le contrat de vente, l'obligation de garantie est mobilière 119
587. — Quant à l'obligation de délivrance, on admet généralement qu'elle est mobilière au cas de vente de la chose d'autrui, et lorsqu'il s'agit des obligations accessoires à la délivrance de l'immeuble 119
588. — L'obligation de délivrance est immobilière, si elle a pour objet un immeuble indéterminé 120
589. — Controverse, si l'obligation de délivrance porte sur un immeuble déterminé, et adoption de la théorie qui y voit une dette mobilière 120
590. — Caractère de la dette alternative 122
591. — La dette mobilière conserve son caractère, même si elle dépasse l'apport mobilier de l'époux qui en est grevé 122
592. — Les mêmes règles doivent être appliquées aux dettes contractées dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage 123
593. — Les titres exécutoires contre la femme ne sont pas exécutoires contre la communauté et le mari ; et on ne devra pas, à notre avis, appliquer par analogie l'article 877 du Code civil 123
594. — Si la dette est en partie mobilière, en partie immobilière, elle n'entre en communauté que pour la partie mobilière 125
595. — Les dettes contractées par le mari sont toujours à la charge de la communauté, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la célébration du mariage, sauf le cas de fraude 125
596. — Si la dette est contractée par la femme, elle doit avoir date certaine avant le mariage ; mais on appliquera l'article 1328 pour savoir si elle a ou non date certaine 126
597. — En dehors des conditions de l'article 1328, les tribunaux ne peuvent décider, en fait, que la date de l'obligation est antérieure au mariage 127
598. — Vis-à-vis de la femme, le titre d'obligation fait foi de sa date, et le créancier a action sur la nue propriété des biens de la femme 128
599. — Le créancier de la femme n'a pas d'action sur la pleine propriété des sommes que la femme se serait réservées pour son entretien personnel 128

600. — Exceptions à la règle d'après laquelle la communauté n'est grevée que des dettes de la femme ayant acquis date certaine avant le mariage..... 128
601. — *Première exception.* — Dettes de la femme payées ou reconnues par le mari..... 129
602. — Il n'y aurait pas reconnaissance de la part du mari, qui n'aurait payé que sous le coup d'une poursuite et sous la réserve de ses droits..... 129
603. — En dehors de toute réserve, le mari pourrait réclamer une indemnité pour les dettes de la femme relatives aux immeubles de celle-ci, et qu'il aurait payées..... 130
604. — *Deuxième exception.* — Le créancier pourrait prouver par témoins la date des dettes inférieures à 150 francs..... 130
605. — *Troisième exception.* — La date des dettes commerciales peut être établie par les mêmes moyens que la créance elle-même..... 131
606. — *Quatrième exception.* — Les obligations qui naissent de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ne sont pas soumises à la règle de l'article 1410. Exemples..... 132
607. — L'article 1410 est applicable aux revendications qui seraient faites par un tiers..... 133

§ II. — *Récompenses qui peuvent être dues à propos des dettes mobilières.*

608. — En principe, le paiement des dettes mobilières ne donne pas lieu à récompense au profit de la communauté..... 133
609. — Par exception, il y a lieu à récompense pour le paiement des dettes relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux..... 134
610. — Motif de cette exception : ses applications..... 134
611. — Paiement d'une dette hypothécaire..... 134
612. — Il faut que la dette représente une augmentation de valeur du patrimoine immobilier de l'époux..... 135
613. — Arrérages des rentes viagères ou perpétuelles..... 135
614. — Restitution du prix d'un immeuble acheté par l'un des époux sous condition résolutoire..... 137
615. — Dot constituée avant le mariage à l'enfant du premier lit de l'un des époux, et payée pendant le mariage..... 137

616. — Dette relative au mobilier que l'un des époux s'est réservé comme propre..... 138
617. — Dettes grevant les successions immobilières échues aux époux : renvoi..... 139

§ III. — *Dettes immobilières exclues à ce titre de la communauté.*

618. — Dans quels cas il y a dette immobilière, dans le droit civil actuel..... 139
619. — Il faut assimiler aux dettes immobilières celles dont l'époux n'est tenu qu'hypothécairement..... 140
620. — On doit exclure du passif de la communauté les dettes de choses mêmes mobilières, qui ne seraient pas entrées dans la communauté..... 141
621. — Le paiement des dettes immobilières de la femme ne peut être poursuivi contre la communauté, mais il en est autrement des dettes immobilières du mari, sauf récompense à la communauté qui les aurait payées..... 141

SECTION II

Dettes des successions échues aux époux pendant le mariage.

622. — Distinction entre les dettes des successions mobilières, immobilières, et en partie mobilières, en partie immobilières..... 143
623. — Distinction entre les successions échues au mari, et celles échues à la femme..... 143
624. — La loi ne s'occupe pas des successions recueillies avant le mariage, les dettes qui les grèvent étant assimilées aux autres dettes mobilières..... 144
625. — Droit d'accepter ou de renoncer à la succession : renvoi..... 144
626. — Les principes sont les mêmes pour les dettes grevant les successions et celles grevant les donations faites aux époux pendant le mariage..... 144
627. — Division du sujet..... 145

§ I. — *Dettes grevant les successions mobilières.*

628. — Toutes les dettes grevant les successions mobilières sont à la charge de la communauté..... 145
629. — Droits des créanciers héréditaires, si la succession est échue au mari..... 146
630. — Si la succession est échue à la femme, distinction suivant qu'elle l'a acceptée avec l'autorisation du mari ou avec l'autorisation de justice 146
631. — Si la succession n'est acceptée qu'avec autorisation de justice, il faut examiner s'il y a eu ou non inventaire..... 146
632. — Les créanciers de la succession acceptée avec autorisation de justice ne peuvent poursuivre que la nue propriété des biens de la femme..... 147
633. — Les dettes ou les créances de l'époux héritier, vis-à-vis de la succession qu'il a recueillie, continuent de subsister 147

§ II. — *Dettes grevant les successions immobilières.*

634. — Le principal des dettes grevant les successions immobilières n'entre point définitivement dans le passif de la communauté..... 148
635. — Si la succession est échue au mari, les créanciers ont action sur les biens de la communauté, sauf récompense..... 149
636. — Si la succession est échue à la femme, et qu'elle l'ait acceptée avec l'autorisation du mari, les créanciers n'ont action que sur les biens personnels de la femme 149
637. — Si la femme a accepté la succession avec l'autorisation de justice, les créanciers n'ont action, en cas d'insuffisance des biens héréditaires, que sur la nue propriété des biens personnels de la femme..... 150

§ III. — *Dettes grevant les successions en partie mobilières, en partie immobilières.*

638. — Répartition des dettes, lorsque la succession est en partie mobilière, en partie immobilière 151
639. — Motifs de l'article 1416..... 152

640. — Droits des créanciers, lorsque la succession n'a été acceptée qu'avec l'autorisation de justice..... 152
641. — Détermination de la part de dettes incombant à l'époux héritier, et de la part incombant à la communauté..... 153
642. — Conséquences du défaut d'inventaire : renvoi..... 153
643. — Des effets de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession échue à l'époux..... 153

§ IV. — *Effets du défaut d'inventaire des successions recueillies par les époux.*

644. — Obligation imposée au mari de faire faire inventaire dans tous les cas..... 154
645. — Nécessité d'un état des immeubles..... 155
646. — Les conséquences du défaut d'inventaire diffèrent, suivant que la succession est échue au mari ou à la femme..... 156
647. — Conséquences du défaut d'inventaire au point de vue du droit de poursuite..... 156
648. — Conséquences du défaut d'inventaire au point de vue de la contribution aux dettes..... 156
649. — De la preuve par commune renommée : ses inconvénients..... 157
650. — Motifs de l'admission de la preuve par commune renommée..... 158
651. — Personnes qui peuvent faire la preuve par commune renommée..... 159
652. — La femme peut prouver par commune renommée que l'inventaire fait par le mari a été incomplet..... 160
653. — Peut-on prouver par commune renommée non seulement la consistance, mais l'existence même des libéralités faites à la femme ? Controverse..... 160
653 *bis*. — Exposé et adoption de l'opinion qui admet la preuve de l'existence même de la libéralité par commune renommée..... 161
654. — La preuve par commune renommée est recevable, non seulement vis-à-vis du mari ou de ses héritiers, mais même de ses créanciers..... 162
655. — Conséquences du défaut d'inventaire, lorsque c'est le mari qui s'en prévaut..... 163
656. — Actes dont le mari peut se servir..... 164
657. — Les héritiers du mari peuvent-ils faire la preuve par

commune renommée ? Controverse, et adoption de la négative..... 165
658. — Droit des héritiers du mari, dans le cas de concert frauduleux entre le mari et la femme..... 166
659. — La preuve par commune renommée est soumise à la forme des enquêtes ordinaires..... 166

SECTION III

Dettes contractées par le mari, et, dans certains cas, par la femme.

660. — Dettes qui entrent en communauté : les dettes du mari y entrent toujours, sauf récompense dans certains cas..... 168
661. — On n'examine ni la date des dettes, ni leur origine contractuelle ou non, ni la cause pour laquelle le mari s'est obligé..... 169
662. — Si la femme s'oblige avec l'autorisation du mari, elle oblige la communauté et le mari..... 170
663. — Le droit de poursuite des créanciers est le même, que la femme se soit obligée ou non dans son intérêt personnel..... 171
664. — Exceptions à la règle que la femme, autorisée du mari, oblige la communauté et le mari..... 171

SECTION IV

Charges incombant d'ordinaire aux usufruitiers, et intérêts des dettes personnelles de l'époux.

665. — La communauté est tenue des réparations usufructuaires des immeubles propres..... 173
666. — Différence entre la situation de la communauté et celle d'un usufruitier..... 173
667. — Conséquences du défaut de réparations aux biens propres du mari..... 174
668. — Indemnité due à la communauté pour les améliorations qu'elle aurait apportées aux immeubles propres des époux..... 175
669. — La communauté est tenue de toutes les charges qui incombent d'ordinaire à l'usufruitier..... 176
670. — La communauté est tenue des arrérages ou intérêts des rentes ou dettes des époux..... 176

SECTION V

Des charges résultant du mariage.

671. — Aliments des époux, éducation et entretien des enfants..... 177
672. — Dettes qui d'ordinaire s'acquittent sur les revenus : exemple..... 177
673. — Frais d'interdiction du mari et de la femme..... 178
674. — Obligation alimentaire, au cas où les époux vivent séparés..... 179
675. — Dépenses d'éducation et d'entretien de l'enfant né d'un mariage antérieur de l'époux, et de l'enfant naturel. 179
676. — Des enfants naturels reconnus pendant le mariage. 180
677. — Du cas où l'enfant né d'un précédent mariage a des ressources personnelles..... 180

SECTION VI

Des frais de scellés, d'inventaire et de liquidation.

678. — Les frais de scellés, d'inventaire et de liquidation sont à la charge de la communauté : motif..... 182
679. — Les frais d'inhumation et de deuil, et les droits de mutation ne sont point à la charge de la communauté.. 183

CHAPITRE III

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ ET DES BIENS PROPRES DES ÉPOUX.

680. — Dans l'ancien droit, l'administration de la communauté et des propres appartenait au mari..... 184
681. — Système adopté dans le projet de Cambacérès.... 185
682. — Système du Code. Division du sujet..... 185
682 *bis*. — Droits du mari sur son patrimoine personnel, notamment au cas où une succession lui échoit..... 186

SECTION I

De l'administration de la communauté et des engagements du mari.

683. — Division 188

§ I. — *Des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté.*

684. — Etendue des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté dans l'ancien droit..... 188
685. — Exception introduite en cas de donation entre-vifs, et plus généralement d'actes frauduleux..... 190
686. — Prohibition des dispositions testamentaires excédant la part du mari..... 191
687. — Projet et rédaction définitive du Code..... 192
688. — Pouvoirs du mari : règle et exceptions..... 193
689. — Etendue des pouvoirs du mari, et motifs pour lesquels la loi les lui a accordés..... 193
689 I. — Caractère véritable des droits du mari et de la femme sous le régime de la communauté..... 195
689 II. — De la compensation sous le régime de la communauté..... 195
690. — Concessions d'hypothèque ou de servitude, et délaissement par hypothèque..... 196
691. — Aliénation avec réserve d'usufruit au profit du mari, ou moyennant une rente viagère à son profit..... 196
692. — Le mari peut laisser périr les biens de la communauté par négligence ou mauvaise gestion..... 197
693. — La femme n'a d'autre ressource contre les abus de pouvoirs du mari que la séparation de biens..... 198
694. — Le mari représente seul la communauté en justice. 198
695. — Le mari ne peut abdiquer ses pouvoirs d'administration..... 198
696. — De l'hypothèse où le mari est interdit..... 199
696 I. — De l'hypothèse où le mari est placé dans un établissement public d'aliénés..... 200
697. — De l'hypothèse où la femme est pourvue d'un conseil judiciaire..... 200
698. — Il y a certains meubles que le mari ne peut aliéner : renvoi..... 201
699. — Exceptions à la règle du Code sur les pouvoirs du mari..... 201
700. — I. *Disposition entre-vifs à titre gratuit des biens de la communauté.* — Ces dispositions sont prohibées : motifs..... 201
701. — Donations prohibées : singularité du système du Code..... 202
702. — Le mari et la femme peuvent-ils donner conjoin-

tement les immeubles de communauté ? Controverse : adoption du système qui déclare ces donations valables 203
703. — Application de cette théorie au partage d'ascendant 207
703 I. — Si les époux ont fait ensemble une donation partage, ils sont réputés avoir renoncé à toute récompense ultérieure à l'occasion des biens donnés 208
704. — Le concours de la femme à la donation comme témoin honoraire est insuffisant 209
705. — La nullité de la donation faite par le mari seul n'est que relative 210
706. — La donation est nulle vis-à-vis de la femme et de ses héritiers : conséquences 210
707. — L'action en nullité qui appartient à la femme est réelle immobilière 211
708. — Si la donation est annulée, le donataire peut-il demander au mari la valeur de l'immeuble donné ? Controverse, et adoption de l'opinion d'après laquelle le donataire doit être indemnisé de la valeur totale de l'immeuble 211
709. — Le mari lui-même peut-il, comme chef de la communauté, proposer cette nullité ? Controverse, et adoption de la négative 213
710. — Hypothèses exceptionnelles où la donation est permise 214
711. — Donation pour l'établissement des enfants communs : motifs 215
711 *bis*. — Donation pour l'établissement des petits-enfants : controverse 215
712. — Sens du mot « établissement » 216
713. — Le mari peut, à ce titre, donner même l'universalité des biens communs 216
714. — Le mari ne peut donner des immeubles, ou une quotité du mobilier, pour l'établissement des enfants communs 217
715. — Le mari ne peut stipuler que la dot ne sera pas rapportable pour moitié à la succession de la femme, si elle accepte la communauté 219
716. — Donation d'effets mobiliers de la communauté à titre gratuit et particulier 219
717. — Portée de cette exception 219
718. — Sens du mot « effets mobiliers ». La disposition ne doit pas être excessive, selon nous 220

719. — Controverse sur le point de savoir si le droit du mari de donner des effets mobiliers à titre particulier peut être limité. Justification de notre système..... 220
720. — Donation faite par le mari au profit d'étrangers... 222
721. — La donation faite à un étranger ou à un parent collatéral peut quelquefois donner lieu à récompense..... 223
722. — La donation faite au profit d'un enfant d'un premier lit doit toujours donner lieu à récompense, même si elle n'est pas faite en faveur du mariage : controverse..... 224
722 I. — Arrêt important de la cour de cassation dans le sens de la théorie par nous adoptée..... 227
723. — Le mari ne devrait pas récompense, si le montant de la donation ne dépassait pas la limite des cadeaux d'usage..... 228
724. — Le mari qui fait de telles donations ne peut s'en réserver l'usufruit : motifs..... 228
725. — La réserve d'usufruit est prohibée, même si elle avait lieu au profit du mari et de la femme..... 228
726. — La donation avec réserve d'usufruit serait valable, si elle était faite avec le concours de la femme..... 229
727. — Comment la réserve d'usufruit peut être prouvée.. 229
728. — II. *Le mari ne peut disposer par testament au delà de sa part dans les biens de la communauté.* — Motifs pour lesquels la loi interdit au mari de léguer au delà de sa part dans la communauté..... 230
729. — Dérogation de l'article 1423 à l'article 1021, et motifs qu'on peut en donner..... 231
730. — Sort du legs fait par le mari au delà de sa part.... 232
731. — Le pouvoir donné par l'article 1423 au mari existe-t-il, si le mari fait son testament après la dissolution de la communauté ? Controverse et adoption de la négative..... 233
732. — La même solution doit être adoptée pour le testament que ferait la femme..... 234
733. — Le mari peut user du droit que lui donne l'article 1423 au profit de toute personne, même de la femme : interprétation du legs dans ce dernier cas..... 235
734. — III. *Le mari ne peut aliéner à titre onéreux des biens de communauté en fraude des droits de sa femme.* — Justification de cette proposition, et réponse à quelques objections..... 236
735. — Actes frauduleux les plus fréquents..... 238
736. — Actes faits en haine de la femme..... 238

737. — Exemples d'actes frauduleux..... 239
738. — Diverses actions qui appartiennent à la femme, et époque à laquelle elle peut les exercer..... 239
739. — But et étendue d'application des articles 270 et 271. 240
740. — La femme peut-elle exiger que le mari lui rende compte de l'emploi qu'il a fait des biens de la communauté, lorsque la disparition de quelques-uns de ces biens est certaine ? Controverse, et adoption de l'affirmative..... 241
741. — Distinction entre les actes frauduleux du mari, et ceux qui donnent seulement lieu à récompense de sa part..... 243
742. — IV. *Le mari ne peut aliéner les biens de la communauté après la demande en séparation de biens.* — Disposition de l'article 1445, *in fine :* renvoi..... 243

§ II. — *Des engagements contractés par le mari pendant la communauté.*

743. — Dans quelle limite, d'après le Code, les engagements du mari sont à la charge de la communauté..... 244
744. — Différences avec le système de l'ancien droit..... 245
745. — Motifs qui rendent le système du Code préférable. 246
746. — Les dettes provenant d'un contrat ou d'un quasi contrat du mari sont à la charge de la communauté, qu'elles soient mobilières ou immobilières, qu'elles aient été contractées dans l'intérêt de la communauté, ou dans l'intérêt d'un tiers..... 247
747. — Les dettes provenant d'un quasi délit du mari doivent être supportées par la communauté sans récompense. Rejet d'une distinction proposée, suivant que les quasi délits se rattacheraient ou non à l'administration de la communauté..... 247
748. — Le mari devra récompense pour les dettes qu'il a contractées dans son intérêt personnel, et que la communauté a payées. Exemples 248
748 *bis.* — Les dettes du mari sont à la charge de la communauté, que l'acte qui les constate ait acquis ou non date certaine avant la dissolution de la communauté.... 249
749. — Le mari doit récompense à la communauté pour toutes les amendes qu'il a encourues, qu'il s'agisse de crime, de délit ou de contravention..... 249
750. — Anciennes dispositions du Code relatives aux con-

damnations pour crime emportant mort civile : origine et but de ces dispositions..... 250
751. — *Quid* des frais et dépens, et des réparations civiles? Opinion qui affirme le droit de la communauté à une récompense..... 251
752. — Exposé et adoption de l'opinion qui refuse à la communauté tout droit à récompense..... 252
753. — Le mari ne devra pas récompense pour les amendes disciplinaires qu'il aurait encourues dans l'exercice de ses fonctions..... 254

§ III. — *De l'exercice des actions dirigées au nom de la communauté ou contre elle.*

754. — Le mari exerce toutes les actions de la communauté..... 254
755. — Le mari a l'exercice des actions relatives au mobilier que la femme s'est réservé comme propre..... 255
756. — Le mari peut transiger sur les actions relatives aux biens communs..... 255
757. — Le mari représente la femme pour tous ses droits mobiliers, mais le créancier de la femme peut avoir intérêt à la mettre en cause..... 256
757 *bis*. — La femme peut-elle être interrogée sur faits et articles dans les instances relatives aux biens de la communauté? Controverse, et adoption de l'affirmative..... 256
758. — La signification du transport de créances, dont la femme est débitrice, doit être faite au mari..... 258

SECTION II

De l'administration des biens propres de la femme.

759. — Motifs pour lesquels la loi devait donner au mari l'administration des biens propres de la femme..... 259
759 I. — Conséquence de ces motifs de l'article 1428..... 260
760. — Hypothèses exceptionnelles dans lesquelles la femme peut avoir l'administration de quelques-uns de ses propres..... 261
761. — Réserves faites par la femme dans le contrat de mariage..... 261
762. — Don ou legs fait à la femme sous la condition qu'elle en aura l'administration et la jouissance..... 261

763. — Droits de la femme autorisée à exercer un commerce séparé..... 262
764. — Droits de la femme autorisée à exercer la profession d'actrice..... 262
765. — Les actes du mari comme administrateur du patrimoine de la femme sont opposables à la femme, même s'ils n'ont pas acquis date certaine avant la dissolution de la communauté..... 263
766. — Division du sujet..... 264

§ I. — *Des actes d'administration.*

767. — Diverses classes d'actes que le mari peut faire comme administrateur du patrimoine de la femme..... 264
768. — I. *Pouvoirs relatifs à la gestion proprement dite du patrimoine de la femme.* — Le mari doit faire tous les actes de gestion, et il est responsable de leur inaccomplissement ou de leur mauvais accomplissement..... 264
769. — Exemple des actes de gestion que le mari peut et doit faire..... 265
770. — Le mari peut-il accepter une succession échue à la femme, et que celle-ci refuse d'accepter? Controverse : exposé de l'opinion qui donne au mari le droit d'accepter, dans son intérêt personnel..... 265
771. — Exposé de l'opinion d'après laquelle les tribunaux devront autoriser, soit la femme à renoncer, soit le mari à accepter : conséquences de ce système..... 266
772. — Exposé de l'opinion qui permet au mari l'acceptation provisoire, mais laisse à la femme le droit absolu de renoncer définitivement : conséquences..... 267
773. — Exposé de l'opinion qui refuse au mari tout droit d'accepter..... 268
774. — Adoption de l'opinion qui permet au mari d'accepter dans son propre intérêt, au refus de la femme : conséquences..... 269
775. — Si la femme veut accepter, et que le mari s'y oppose, la femme devra s'adresser au tribunal..... 270
776. — Mesure de la responsabilité du mari..... 271
777. — Dégradations aux immeubles de la femme..... 271
777 I. — En cas d'amélioration, les ouvriers ont une action directe contre la femme..... 272
778. — Défaut de déclaration ou déclaration insuffisante, lorsqu'une succession est échue à la femme..... 273

779. — Défaut de poursuites des débiteurs et mauvais placements de créances 273
780. — Accomplissement d'une prescription acquisitive ou libératoire 274
781. — Conséquence de la responsabilité du mari, si la femme accepte la communauté 275
782. — Le mari peut donner mandat à la femme de gérer quelques-uns des biens de celle-ci : renvoi 275
783. — II. *Pouvoirs du mari relatifs aux créances de la femme.* — Le mari a le droit de toucher toutes les créances, même les créances propres ou celles qui proviennent du prix de vente ou de licitation d'immeubles de la femme. 275
784. — Le mari peut, en général, toucher même les créances soumises à remploi. Exception 276
785. — Le mari peut-il transporter les créances propres de la femme ? Renvoi 277
786. — Le mari peut arrêter les comptes relatifs au patrimoine de la femme, mais il ne peut pas la constituer débitrice 277
787. — III. *Pouvoirs du mari relatifs à la passation, au renouvellement et à la résiliation des baux.* — Règle des articles 1429 et 1430 277
788. — Le bail fait pour plus de neuf ans est valable, sauf au respect de la femme ou de ses héritiers 278
789. — Le bail d'une durée de moins de neuf ans peut être annulé, s'il est fait en fraude des droits de la femme 278
790. — La vileté du prix ne suffit pas pour faire annuler le bail : mais le bail dont le prix consiste dans un *alea* ne peut être imposé à la femme 279
791. — Le mari et la femme, agissant conjointement, peuvent faire des baux de n'importe quelle durée 280
792. — Du renouvellement des baux 280
793. — Le mari n'est pas, en principe, responsable vis-à-vis du preneur de l'inexécution du bail qu'il a consenti ou renouvelé irrégulièrement 281
794. — Hypothèses où le mari serait responsable par exception 282
795. — En règle générale, les cessions ou quittances de loyers faites par anticipation ne sont pas opposables à la femme 282
796. — Critiques formulées contre cette opinion par M. Rodière, et système adopté par lui 283
797. — Rejet de la théorie proposée par M. Rodière 284

798. — Le mari peut résilier les baux, quelle qu'en soit la durée 285

§ II. — *Des actes d'aliénation.*

799. — En principe, le mari ne peut aliéner les biens propres de la femme 286
800. — Le mari ne peut ni aliéner les immeubles, ni y faire aucun acte dépassant les pouvoirs d'un administrateur. 286
801. — Le mari peut aliéner les immeubles de la femme en vertu d'un mandat donné par celle-ci..... 287
802. — Le mandat donné par la femme peut être général : il se prouve suivant les règles de droit commun 287
803. — Vente d'un immeuble faite par le mari sans mandat de la femme : la femme peut le revendiquer, si le mari a déclaré, ou dans tous les cas si l'acquéreur a su que l'immeuble appartenait à la femme..... 288
804. — Si l'acquéreur a ignoré que l'immeuble appartenait à la femme, celle-ci peut-elle le revendiquer ? Exposé du système qui ne permet à la femme de revendiquer son immeuble que pour moitié..... 289
805. — Exposé et adoption du système qui permet à la femme de revendiquer l'immeuble pour la totalité..... 290
806. — Dans quelle mesure la femme est-elle tenue des condamnations qui pourront intervenir au profit de l'acquéreur évincé ? Exposé d'un système d'après lequel la femme ne doit y contribuer en rien..... 293
807. — Exposé d'un système qui distingue entre la restitution du prix et les dommages-intérêts dus à l'acquéreur..... 294
808. — Exposé et adoption du système d'après lequel la femme est tenue, pour sa part, de la restitution du prix et des dommages-intérêts, sauf le bénéfice d'émolument de l'article 1483..... 294
809. — La femme peut-elle revendiquer son immeuble avant la dissolution de la communauté ? Système qui lui refuse ce droit dans tous les cas..... 295
810. — Exposé et adoption d'un système éclectique, d'après lequel la femme peut revendiquer, si elle est autorisée par son mari..... 296
811. — Elle ne peut point revendiquer, si elle est autorisée seulement par justice..... 297
812. — Au lieu d'agir en revendication, la femme peut de-

mander récompense de la valeur de l'immeuble aliéné.. 298
813. — Le mari peut-il aliéner les meubles que la femme s'est réservés comme propres, ou qui lui ont été donnés ou légués sous cette condition ? Système qui permet l'aliénation 299
814. — Exposé et adoption du système qui refuse au mari le pouvoir d'aliéner, sauf au tiers acquéreur à invoquer l'exception de l'article 2279..... 300

§ III. — *Des actions relatives aux biens propres de la femme.*

815. — Le mari avait, dans l'ancien droit, l'exercice des actions mobilières et possessoires..... 304
816. — L'article 1428, 2, reproduit la règle de l'ancien droit. 304
817. — Motifs pour lesquels la loi donne au mari l'exercice des actions mobilières et possessoires..... 305
818. — Le jugement rendu dans ces deux matières contre le mari sera opposable à la femme..... 305
819. — Le mari a-t-il l'exercice des actions pétitoires immobilières ? Controverse, et adoption du système qui refuse au mari l'exercice de ces actions, sauf dans la mesure du droit de jouissance qui appartient à la communauté 305
820. — Conséquence du système adopté..... 308
821. — Règles spéciales pour l'action en partage..... 308
822. — Le mari peut exercer les actions en dommages-intérêts qui appartiennent à la femme victime d'un crime ou d'un délit..... 309

SECTION III

Des engagements contractés par la femme pendant la communauté.

823. — Les engagements que la femme contracte sans autorisation ne sont pas valables en eux-mêmes, et par suite ne peuvent être exécutés sur la communauté..... 310
824. — Les obligations de la femme dérivant de quasi contrats, de délits ou de quasi délits ne peuvent être exécutés que sur la nue propriété des biens de la femme : motifs..... 311
825. — Il en est ainsi, même dans le cas où le mari aurait assisté la femme dans l'instance correctionnelle ou criminelle dirigée contre elle..... 311

826. — L'article 1424 ne parle que des amendes, mais la solution doit être la même pour les réparations civiles prononcées au profit de la partie lésée, même si le mari a assisté la femme dans l'instance..... 312
827. — Matières spéciales où le mari est responsable des infractions commises par la femme..... 313
828. — Extension de ces principes aux quasi contrats et aux quasi délits..... 313
829. — Exception dans le cas où la communauté a profité de l'obligation de la femme, et limites de cette exception. 314
830. — Division..... 314

§ I. — *Engagements contractés par la femme avec l'autorisation de justice.*

831. — La règle est que la femme autorisée de justice n'engage que la nue propriété de ses biens personnels.. 315
832. — Deux exceptions sont apportées par l'article 1427 : dans ces deux cas, l'autorisation du mari produirait le même effet que l'autorisation de justice..... 315
833. — Solution de l'ancien droit, lorsqu'il s'agissait de tirer le mari de prison..... 316
834. — La femme pourrait-elle s'obliger pour empêcher le mari d'entrer en prison ? Controverse, et adoption de la négative..... 317
835. — Extension de l'article 1427 au paiement de la « ran- « çon » exigée du mari prisonnier..... 318
835 *bis*. — La femme ne pourrait engager les biens de la communauté pour se tirer elle-même de prison..... 319
836. — La femme autorisée de justice peut engager les biens de la communauté pour établir les enfants communs, au cas d'absence du mari, mais non pour établir les enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage.... 319
837. — Sens des mots « absence du mari ». Controverse, et adoption de l'interprétation restrictive de ce mot..... 320
838. — Disposition spéciale de l'article 511, au cas d'interdiction du mari..... 322
838 *bis*. — La femme pourrait aliéner les biens de la communauté au lieu de s'obliger, pour les causes prévues par l'article 1427..... 323
839. — Le principe de l'article 1426 doit être appliqué aux actions judiciaires soutenues par la femme avec la seule autorisation de justice..... 323

840. — Les actions en séparation de corps ou de biens, et en divorce, sont soumises à des règles spéciales. Hypothèse où le mari est demandeur. 324
841. — Hypothèse où la femme est demanderesse, et réussit dans sa demande..... 324
842. — Hypothèse où la femme demanderesse échoue... 325
843. — De la provision que la femme a pu obtenir..... 326

§ II. — *Engagements contractés par la femme avec l'autorisation du mari.*

844. — Ces engagements sont exécutoires sur les biens de la femme, de la communauté et du mari : motifs..... 327
845. — Le mari est-il débiteur personnel de l'obligation ainsi contractée ? Controverse, et adoption de l'affirmative : conséquences..... 328
846. — Faillite du mari et effets du concordat par lui obtenu : controverse..... 329
847. — L'autorisation du mari peut être expresse ou tacite. Des engagements de la femme commerçante..... 330
848. — Limites dans lesquelles la femme commerçante peut s'obliger..... 331
849. — La femme peut-elle être autorisée par justice à faire le commerce ? Si on adopte l'affirmative, il faut décider que la femme ainsi autorisée n'engage ni la communauté, ni le mari..... 332
850. — Effets de l'autorisation de plaider donnée à la femme par le mari..... 333
851. — Exception relative aux successions immobilières acceptées avec l'autorisation du mari..... 334
852. — Autre exception, dans le cas où le mari autorise la femme à aliéner un de ses immeubles : controverse.... 334
853. — Faut-il décider que, toutes les fois que la femme ne s'oblige que dans son intérêt, elle n'engage que ses biens personnels ? Controverse, et adoption de la négative.... 336
854. — Conséquences de la solution adoptée.. 337
855. — Disposition de l'article 1431, qui décide que la femme, co obligée solidaire avec le mari, n'est pas caution, dans ses rapports avec celui-ci : motifs..... 338
856. — Vis-à-vis du créancier et des autres intéressés, la femme est débitrice solidaire..... 338
857. — Application de ce principe entre la femme et le créancier 339

858. — Application de ce principe entre la femme et les autres co-obligés à la même date..... 340
859. — Des obligations contractées par la femme conjointement avec le mari..... 340
860. — La femme n'a pas droit à indemnité, si elle s'est obligée dans son intérêt : application..... 341
861. — Y a-t-il présomption que la dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari ? Controverse, et exposé de la négative..... 342
862. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 343
863. — La femme devra jouir de tous les bénéfices accordés à la caution : exemples 344

§ III. — *Engagements contractés par la femme en vertu d'un mandat du mari.*

864. — La femme qui contracte en vertu d'un mandat du mari oblige la communauté et le mari, sans s'obliger elle-même 344
865. — Le mandat du mari peut être exprès ou tacite. Mandat tacite de la femme pour l'administration du ménage : origines historiques de ce mandat..... 345
866. — Restriction qu'il faut y apporter..... 347
867. — Moyens pour le mari de se mettre à l'abri des dépenses excessives de la femme. *Quid* d'avertissements donnés dans les journaux ? Distinction..... 348
868. — Le mandat tacite existe au profit de la femme, même si les époux vivent séparés..... 349
869. — Il n'existerait pas si la femme avait abandonné le domicile conjugal. Restriction..... 350
870. — Hypothèse où le mari paie à la femme une pension suffisante pour ses besoins..... 350
871. — Le mari ne pourrait se soustraire au paiement de ces dépenses, en soutenant qu'il était absent, ou qu'il avait remis à la femme l'argent nécessaire pour acheter au comptant 351
872. — Le mari qui a payé sans réclamation ne pourra pas obtenir d'indemnité de la femme, lors de la liquidation..... 351
873. — En principe, les créanciers non payés par le mari n'ont pas d'action contre la femme : exception..... 352
874. — Le mandat tacite de la femme peut être parfois plus étendu, et l'autoriser même à prendre en location des immeubles.... 353

875. — Le mari peut donner à la femme le mandat de gérer les biens de la communauté ou ses biens, à elle. Ce mandat peut n'être que tacite.. 353
876. — La femme n'est point soumise aux règles ordinaires du mandat : conséquences..... 354
877. — La femme peut agir valablement sans mandat, si le mari ratifie ses actes..... 355
878. — Actes conservatoires et urgents que la femme peut faire sans mandat 355

SECTION IV

Des récompenses ou indemnités.

879. — Dans quels cas il y a lieu à récompense. Sens des mots *récompenses, indemnités, reprises*. 357
880. — Avantages accordés à la femme pour le montant de ses reprises : motifs de ces avantages..... 358
881. — Division du sujet..... 358

§ I. — *Des récompenses ou indemnités dues aux époux par la communauté.*

882. — Notre ancien droit n'admettait pas, à l'origine, la récompense pour les propres aliénés..... 359
883. — Modifications apportées par la coutume, et dernier état de l'ancien droit..... 359
884. — Motifs de cette innovation..... 360
885. — Système du Code en matière de récompense : ses motifs..... 361
886. — Division 361
887. — I. *Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense au profit de l'un des époux.* — Principe général de la matière : deux conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à récompense 362
888. — Il y a lieu à récompense lorsque la femme s'est obligée pour la communauté..... 362
889. — L'aliénation d'un propre et le rachat de servitudes donnent lieu à récompense, lorsque la communauté a profité du prix..... 363
890. — Si le propre aliéné appartenait à la femme, elle n'a pas à faire la preuve que la communauté a touché le prix 363

891. — Il suffit que le prix du propre ait été à la disposition de la communauté, n'en eût-elle pas profité..... 364
892. — Si l'immeuble de l'un des époux est vendu moyennant une rente viagère, est-il dû récompense ? Exposé de la négative..... 364
893. — Exposé et adoption de l'opinion qui admet que la communauté doit une récompense..... 365
894. — Est-il dû récompense pour l'aliénation d'un usufruit ou d'une rente viagère propre à l'un des époux ? L'affirmative doit être adoptée, si l'époux usufruitier ou crédirentier survit à la dissolution de la communauté..... 367
895. — *Quid* si la communauté se dissout par la mort de l'usufruitier ou du crédirentier ? Exposé de l'affirmative..... 367
896. — Exposé et adoption de l'opinion qui refuse toute récompense..... 369
897. — La solution doit être la même, si la rente viagère aliénée a été constituée sur la tête d'un tiers..... 370
898. — La vente d'une nue propriété appartenant à l'un des époux ne donnera pas lieu à récompense..... 370
899. — Autres causes d'enrichissement de la communauté aux dépens des propres donnant lieu à récompense..... 371
900. — Il sera dû récompense, toutes les fois que le propre de l'un des époux aura été employé dans l'intérêt de la communauté..... 372
901. — Il est dû récompense pour le défaut d'entretien des propres, s'il s'agit des propres de la femme, mais non s'il s'agit des propres du mari..... 372
902. — II. *Quel est le montant de la récompense dans les cas où elle est due par la communauté.* — La récompense ne peut être supérieure à l'enrichissement de la communauté, et elle peut lui être inférieure, si le préjudice éprouvé par l'époux est moindre que l'enrichissement de la communauté..... 372
903. — La récompense est due, au cas d'aliénation d'un propre, pour le prix principal et ses accessoires..... 373
904. — La récompense est du montant du prix de vente, même si l'immeuble a augmenté de valeur pendant le mariage..... 374
905. — Au cas de dation en paiement, la récompense sera du montant de la dette payée..... 374
906. — La récompense ne peut dépasser le préjudice éprouvé par l'époux : applications..... 374

907. — Du montant de la récompense, dans le cas d'ouverture d'une mine ou d'une carrière depuis le mariage.... 375
908. — De la récompense, dans le cas où des coupes de bois ont été avancées..... 376
909. — De la preuve de la dissimulation d'une partie du prix de vente. Comment la femme peut-elle faire cette preuve, vis-à-vis du mari ou des héritiers du mari?..... 376
910. — Comment peut-elle faire cette preuve vis-à-vis des créanciers? Controverse..... 377
911. — Adoption de la théorie qui permet la preuve vis-à-vis des créanciers par toute voie de droit, même au moyen d'une contre-lettre..... 379
912. — De la preuve de la dissimulation alléguée par le mari ou ses héritiers. Exposé de l'opinion qui permet au mari ou à ses héritiers la preuve par témoins ou par présomptions..... 380
913. — Exposé et adoption de l'opinion qui leur refuse toute autre preuve que la preuve écrite..... 381
914. — Du montant de la récompense, si l'aliénation a eu lieu moyennant une rente viagère..... 382
915. — Exposé et réfutation d'un système d'après lequel on devrait comparer la valeur du fonds avec la différence de revenu produite par l'aliénation..... 383
916. — Du montant de la récompense, si le propre aliéné est un usufruit ou une rente viagère : controverse..... 385
917. — Adoption de la théorie d'après laquelle la récompense sera du prix de la cession, déduction faite de la différence entre les intérêts du prix, et les produits de l'usufruit ou les arrérages de la rente viagère..... 386
918. — III. *Nature et effets de l'action en reprise appartenant à l'époux contre la communauté.* — Division du sujet..... 387
919. — A. *Nature de l'action en reprises.* — Questions nées à ce propos, et controverses auxquelles elles ont donné lieu..... 387
920. — La controverse à propos de la nature des reprises de la femme a aujourd'hui cessé..... 388
921. — Exposé de la théorie d'après laquelle la femme exerce ses reprises à titre de propriétaire..... 389
922. — Système de M. Troplong, d'après lequel la femme aurait un privilège pour l'exercice de ses reprises..... 391
923. — Exposé et adoption du système d'après lequel la femme n'est qu'une créancière comme un autre..... 391

924. — Exposé de l'opinion qui voit dans la femme une copartageante, qui ne doit être payée qu'après les créanciers de la communauté..... 398
925. — Réfutation de ce système..... 399
926. — Dans les rapports des époux entre eux, les reprises ne sont-elles pas exercées à titre de propriété? Controverse. Intérêt pratique de la question..... 400
927. — Exposé de l'opinion d'après laquelle les reprises s'exercent à titre de propriété, dans les rapports respectifs des époux ou de leurs héritiers..... 402
928. — Exposé et adoption de l'opinion qui considère que, même entre les époux, les reprises ne s'exercent qu'à titre de créance..... 404
929. — Les futurs époux peuvent convenir, par contrat de mariage, que l'action en reprises sera traitée, entre eux, comme ayant le caractère d'un droit immobilier..... 406
930. — B. *Conditions et effets de l'exercice de l'action en reprises.* — Division du sujet..... 407
931. — α. *Quelles sont les conditions d'exercice de l'action en reprises.* — Deux conditions sont requises : la première est que la communauté soit dissoute..... 407
932. — Mesures préventives que la femme peut prendre avant la dissolution de la communauté..... 408
933. — Il faut, en second lieu, que l'époux demandeur fasse la preuve de la cause d'indemnité qu'il allègue..... 409
934. — Preuve à faire par le mari demandeur ou par ses héritiers..... 410
935. — Exposé de l'opinion qui impose à la femme ou à ses héritiers les mêmes obligations qu'au mari, quant à la preuve..... 410
936. — Exposé et adoption de l'opinion qui oblige la femme à une preuve moins rigoureuse..... 411
937. — Preuve résultant de reconnaissances ou de déclarations sous signatures privées..... 413
938. — Effet de la clause du contrat de mariage portant que la célébration du mariage vaudra quittance de la dot..... 413
939. — Cette clause ne fait pas obstacle à ce que la femme ou le constituant reconnaissent que la dot n'a pas été payée..... 414
940. — β. *Effets de l'action en reprises.* — Règles sur l'exercice des reprises dans les article 1470 et 1471..... 415
941. — Motifs pour lesquels les prélèvements s'exercent dans l'ordre indiqué par l'article 1471..... 415

942. — Si la constatation du mobilier de communauté était impossible par le fait de l'époux survivant, les héritiers de l'époux prédécédé pourraient agir immédiatement sur les immeubles 416
943. — Le mari peut, aussi bien que la femme, exercer ses reprises par voie de prélèvement en nature 416
944. — A défaut de meubles, le mari ou ses héritiers ont-ils le choix des immeubles ? Controverse, et adoption de l'affirmative 418
945. — L'ordre prescrit par l'article 1471 est obligatoire, à moins d'entente entre les époux ou leurs héritiers 419
946. — Les reprises peuvent s'exercer par voie de prélèvement, qu'il s'agisse de biens aliénés ou de toute autre cause de reprises 420
947. — L'époux créancier a le droit de choix, non seulement sur les inmeubles, mais sur les meubles 420
948. — En cas de désaccord, la valeur des biens prélevés est fixée par experts 421
949. — L'époux créancier ne peut prélever des biens d'une valeur notablement supérieure à ses reprises, ni des immeubles impartageables 422
950. — Le règlement des reprises par voie de prélèvement est-il obligatoire ou facultatif pour l'époux créancier ? Exposé de l'opinion qui soutient que ce mode est obligatoire 422
951. — Exposé et adoption de l'opinion qui permet à l'époux créancier de se faire payer en argent 423
952. — L'époux débiteur peut-il empêcher le prélèvement en nature, en offrant le paiement des reprises en argent? Exposé de la négative 425
953. — Exposé et adoption de l'affirmative 425
954. — On peut, dans tous les cas, stipuler dans le contrat de mariage que le survivant des époux aura la faculté de se faire payer de ses reprises en nature ou en argent... 426
955. — La donation d'usufruit faite à l'époux survivant n'empêche pas l'exercice des reprises de la manière indiquée par l'article 1471 427
956. — Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari : motifs 427
957. — Effets d'un inventaire régulier, ou d'un accord entre les parties pour qu'il n'y ait pas d'inventaire 428
958. — Questions diverses que fait naître le défaut d'inventaire, et importance pratique de l'inventaire 428

959. — L'époux survivant, qui n'a pas fait faire inventaire, peut-il soutenir que le mobilier de communauté était insuffisant pour le payer de ses reprises? Exposé de l'opinion qui enseigne que l'époux survivant peut faire la preuve de cette insuffisance par témoins et par commune renommée..... 429
960. — Exposé de l'opinion qui ne permet à l'époux survivant de faire d'aucune manière la preuve de l'insuffisance du mobilier.. 430
961. — Exposé et adoption d'une théorie qui refuse la preuve par témoins et par commune renommée, mais qui admet la preuve conformément au droit commun de l'article 1341 431
962. — Si c'est la femme survivante qui n'a pas fait faire inventaire, elle n'est pas tenue pour cela des reprises du mari *ultra vires emolumenti*..... 432
963. — Le mari ne peut pas stipuler, dans le contrat de mariage, un recours subsidiaire pour le paiement de ses reprises sur les biens de la femme 433
964. — Le mari ne peut pas, en disposant de sa part dans la communauté, enlever à la femme le droit d'exercer ses prélèvements de la manière indiquée dans l'article 1471..... 434
965. — Pendant la durée de la communauté, l'exercice éventuel des prélèvements ne peut faire obstacle aux droits actuels du mari comme chef de la communauté.. 434
966. — Caractères du titre en vertu duquel l'époux créancier exerce ses prélèvements..... 435
967. — L'acte qui constate l'exercice du prélèvement n'est pas soumis à la nécessité de la transcription..... 436
968. — Cet acte ne donne pas lieu à un droit proportionnel de mutation 437
969. — L'exercice du prélèvement peut donner lieu à l'action en rescision pour lésion de plus du quart..... 437
970. — Caractères spéciaux du droit de la femme renonçante, ou de la femme acceptante qui agit subsidiairement sur les biens du mari..... 438
971. — La femme renonçante ne peut se faire payer de ses reprises que par voie d'exécution forcée..... 439
972. — L'acte qui approprie la femme renonçante est soumis à un droit proportionnel d'enregistrement, et doit être transcrit, s'il porte sur des immeubles..... 439
973. — Les intérêts des reprises courent de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté : motifs..... 440

974. — Les intérêts courront-ils de plein droit au profit de la femme renonçante ? Exposé de la négative 440
975. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 441
976. — La dette des reprises pèse proportionnellement sur les meubles et sur les immeubles : conséquences..... 442
977. — Si un époux est en même temps créancier de reprises et débiteur de récompenses, son droit n'existe qu'à concurrence de l'excédant des reprises sur les récompenses..... 443

§ II. — *Des récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux.*

978. — Division du sujet..... 444
979. — I. *Dans quels cas y a-t-il lieu à récompense par l'un des époux au profit de la communauté.* — Règle de l'article 1437, et motifs de cette règle..... 444
980. — Paiement par la communauté des dettes personnelles à l'époux..... 445
981. — Divers exemples donnés par Pothier..... 446
982. — Paiement de rentes viagères dues comme prix d'un immeuble propre..... 446
983. — Impenses faites sur les biens des époux. Les réparations d'entretien sont à la charge de la communauté.. 447
984. — *Quid* des réparations d'entretien au moment du mariage ? Controverse : adoption de l'opinion qui les met à la charge de la communauté..... 448
985. — Les dépenses faites pour la préparation de la récolte doivent aussi être supportées par la communauté. 449
986. — Que décider des dépenses relatives à la préparation des récoltes pendantes par branches ou par racines à la dissolution de la communauté ? Exposé de l'opinion qui décide qu'il n'y a pas lieu à récompense..... 450
987. — Exposé et adoption de l'opinion qui admet qu'il est dû une récompense..... 451
988. — Il n'y a pas lieu à récompense, si les biens sont affermés à un colon partiaire..... 452
989. — En quoi consistent les frais de préparation de la récolte..... 452
990. — Indemnité due à propos des coupes de bois taillis retardées..... 453
991. — Grosses réparations : si elles sont rendues nécessaires par le défaut d'entretien, elles ne donnent pas lieu à récompense..... 453

992. — Distinction des dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires 454
993. — Principes qui permettent de distinguer les dépenses utiles et les dépenses voluptuaires..... 454
994. — Différences existant entre les dépenses nécessaires et les dépenses utiles..... 455
995. — Intérêt que présentent ces distinctions entre les diverses dépenses..... 456
996. — Les dépenses nécessaires donnent-elles lieu à récompense, si l'immeuble vient à périr avant la dissolution de la communauté ? Exposé de la négative..... 457
997. — Exposé et adoption de l'affirmative..... 457
998. — Constitution de rente viagère : hypothèse où il n'y a pas de clause de réversibilité..... 459
999. — Hypothèse où il y a une clause de réversibilité au profit du survivant des deux époux..... 459
1000. — Avantage que l'un des époux s'est procuré aux dépens de la communauté, en fraude des droits de son conjoint..... 460
1001. — Donation de biens de communauté..... 460
1002. — II. *Quel est le montant de la récompense due à la communauté.* — Hypothèses où la dépense et la plus-value se confondent, et où il s'agit d'impenses nécessaires..... 461
1003 — Dépenses utiles. Exposé d'une théorie qui soutient que la récompense doit être égale à ce que la communauté a dépensé..... 463
1004. — Conséquence de cette théorie..... 464
1005. — Conséquences particulières, lorsqu'il s'agit d'impenses voluptuaires..... 466
1006. — Exposé et adoption de l'opinion qui limite la récompense à la plus-value..... 466
1007. — Conséquences du système adopté..... 468
1008. — Faut-il tenir compte de la valeur vénale ou de la valeur intrinsèque ? Controverse..... 469
1009. — Hypothèse où le montant des dépenses est inférieur à la plus-value..... 470
1010. — Dépenses voluptuaires..... 471
1011. — Dépenses d'embellissement qui donnent une certaine plus-value..... 471
1012. — Droit d'enlever les objets apportés sur l'immeuble propre de l'époux..... 472
1013. — Dans quelle catégorie de dépenses doit-on faire

rentrer le paiement des dettes, le rachat de servitudes, etc... ? Controverse..... 472
1014. — De la récompense au cas de rente viagère réversible..... 474
1015. — Des assurances sur la vie..... 474
1016. — De l'assurance sur la vie contractée au profit du survivant des époux..... 475
1017. — III. *Comment s'exercent les récompenses dues à la communauté.* — Mode habituel de règlement..... 476
1018. — Le paiement en espèces peut être exigé..... 476
1019. — On peut régler ces dettes par voie de compensation, pourvu que l'intérêt du mari ou des tiers ne soit pas compromis..... 477
1020. — Les intérêts des récompenses courent de plein droit du jour de la dissolution de la communauté : motifs. 477
1021. — Les récompenses ne peuvent être poursuivies qu'à la dissolution de la communauté. Elles sont dues même par la femme renonçante..... 478

§ III. — *Des récompenses ou indemnités dues par l'un des époux à l'autre.*

1022. — Principes relatifs à ces indemnités..... 479
1023. — Dans quels cas elles sont dues..... 479
1024 — Le paiement n'en peut être exigé, dans la théorie adoptée, qu'à la dissolution de la communauté..... 480
1025. — Mesures conservatoires que peut prendre la femme avant la dissolution de la communauté..... 482
1026. — Les créances personnelles des époux ne portent intérêts que du jour de la demande en justice : motifs.. 482
1027. — On ne peut, dans la théorie adoptée, faire courir les intérêts pendant la durée de la communauté..... 482
1028. — La soulte créée à l'occasion du partage de la communauté ne produira pas d'intérêts de plein droit..... 483
1029. — Si l'un des époux avait une créance productive d'intérêt contre l'autre époux et antérieure au mariage, les intérêts commenceraient à courir de plein droit du jour de la dissolution de la communauté..... 483

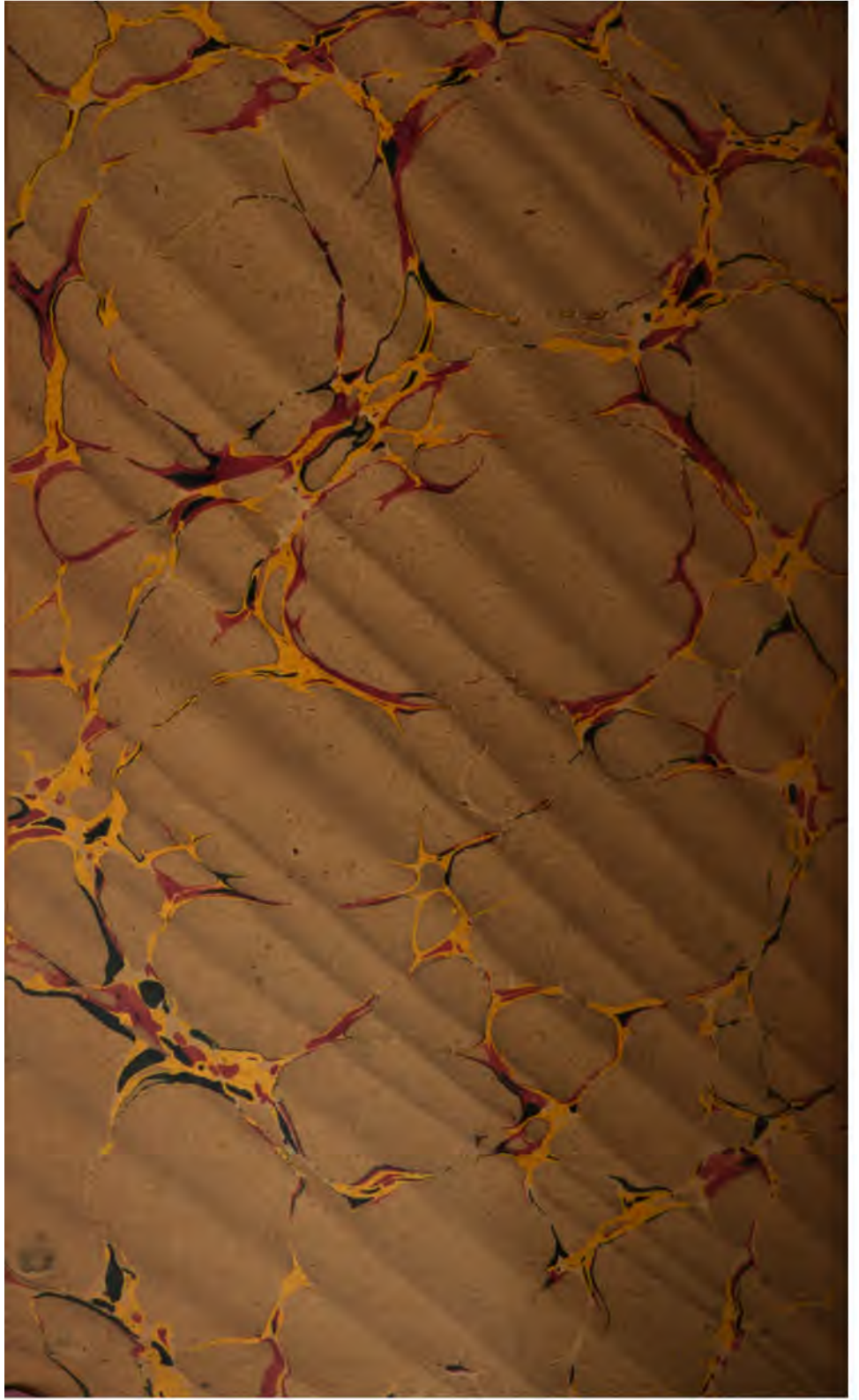
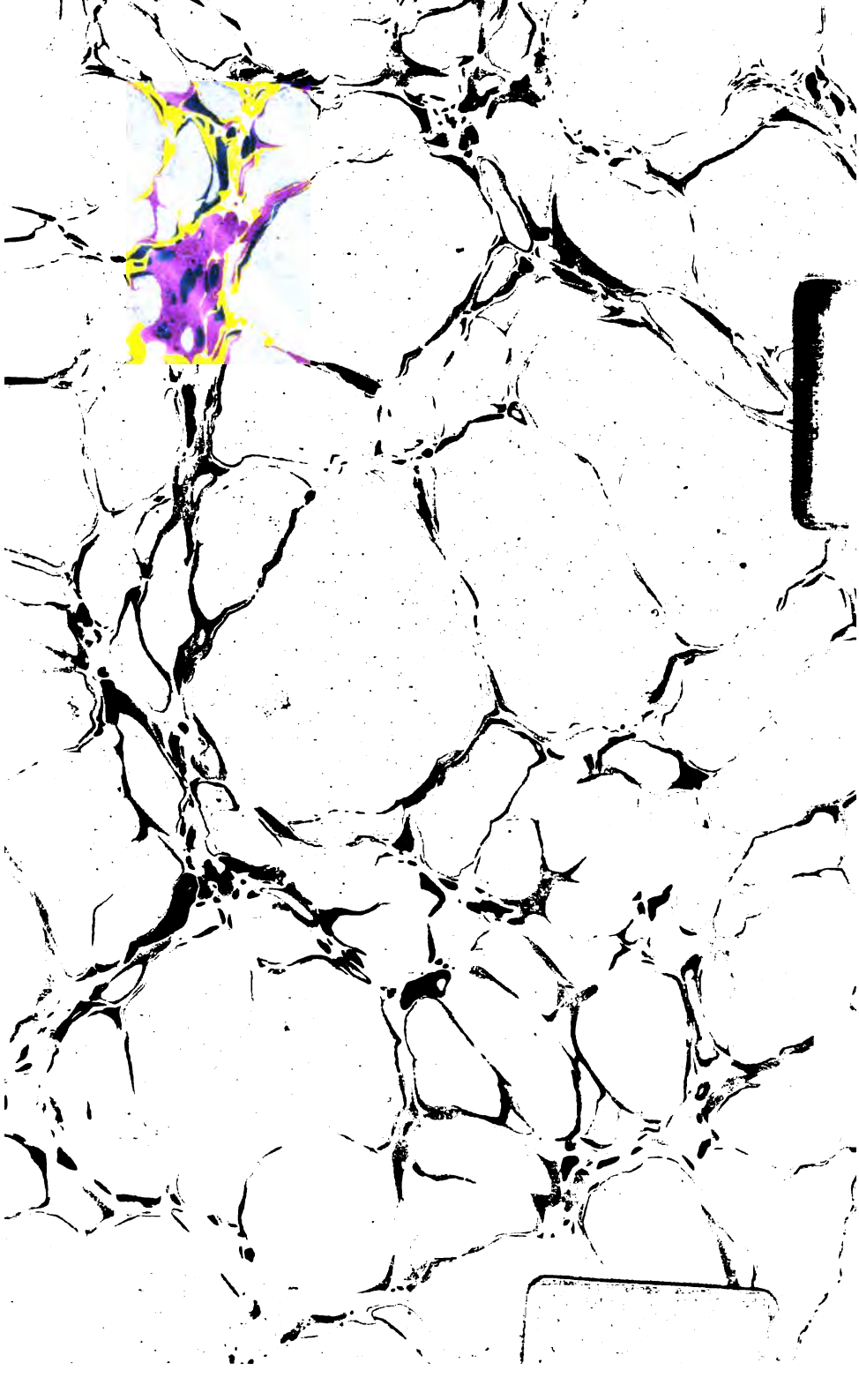
FIN DE LA TABLE PAR ORDRE DE MATIÈRES.

TABLE

DES ARTICLES DU CODE CIVIL EXPLIQUÉS

Art. du Code.	Nos du traité.	Pages.
1402.	563-565.	102-104
1407.	464-469	7-13
1408, § 1	513-527	59-72
1408, § 2	528-562.	72-102
1409.	566-576 et 608-617. . . .	105-112, et 133-139
1409, 1°	603, 622, et 661	130, 143, et 169
1409, 2°	661-664, 743, et 844 . .	169-171, 244, et 327
1409, 3°	634, 660, et 670	148, 168, et 176
1409, 4°	665-669.	173-176
1409, 5°	671-677.	177-180
1410, § 1	596-600, et 604-607 . . .	126-128, et 130-133
1410, § 2	829.	314
1410, § 3	601, et 603.	129, et 130
1411.	628-633.	145-147
1412, § 1	618-621, et 634.	139-141, et 148
1412, § 2	635-637, et 980.	149-150, et 445
1413.	636-637, 664, et 851-854. . .	149-150, 171, et 334-337
1414, § 1	638-643.	151-153
1414, § 2	644.	154
1415, § 1	644-655.	154-163
1415, § 2	656-659.	164-166
1416.	638-639.	151-152
1417.	631-632, et 640	146-147, et 152
1418.	626, et 653-653 *bis*	144, et 160-161
1419.	636, et 844-847.	149, et 327-330
1420.	864-878.	344-355
1421.	688-699, et 965	193-201, et 434
1422, § 1	680, 700-715, et Tome I, 156	180, 201-219, et Tome I, 157

Art. du Code.	Nos du traité.	Pages.
1422, § 2	716-727, et 734	219-229, et 236
1423.	708, et 728-733	211, et 230-235
1424.	661, 749-753, et 824-829. . .	169, 249-254 et 311-314.
1425.	750.	250-251
1426.	823-878, et 844	310 355, et 327
1427.	832-843.	315-326
1428, § 1	680, et 759-798	184, et 259-285
1428, § 2	815-822.	304-309
1428, § 3	799-814.	286-300
1428, § 4	768, et 776-777.	264, et 271-272
1429.	787-798.	277-285
1430.	792-798.	280-285
1431.	855-863, et 888	338-344, et 362
1432.	664, et 853-854	171, et 336-337
1433.	879-917, 932-939, et Tome I, 374 et 395.	357-386, 408-414, et Tome I, 350, et 375.
1434.	491-493.	35-37
1435.	494-499, et 508-509	37-43, et 52-54
1436.	902-917.	372-386
1437.	668, 741, 743, et 979-1021, et Tome I, 373, 375, et 415. .	175, 243, 244, et 444-478, et Tome I, 348, 351, et 393.
1438.	Tome I, 135, 142-149, et 174	Tome I, 138, 145-152, et 170.
1439.	Tome I, 135, 150-151.	Tome I, 138, 152-153
1440.	Tome I, 161-172	Tome I, 161-169
1469.	720-723, et 741.	222-228, et 243
1470-1473	918-977.	387-443
1478.	1024-1025	480-481
1479.	1026-1029	482-483
1481.	679	183-184
1482.	678-679	182-183

FIN DE LA TABLE DES ARTICLES.

Imprimerie CAVANIOL. — Chaumont (Haute-Marne).